

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

VOLUME 15 • N. 3 • 2018
HISTORY OF INTERNATIONAL LAW

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Editores responsáveis por essa edição:

Editores:

Marcelo Dias Varella

Nitish Monebhurrin

Julien Dellaux

Editores convidados:

Arthur Roberto Capella Giannattasio

Suleiman Mourad

Hocine Benkheira

ISSN 2237-1036

Revista de Direito Internacional Brazilian Journal of International Law	Brasília	v. 15	n. 3	p. 1-548	Dez	2018
--	----------	-------	------	----------	-----	------

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Programa de Mestrado e Doutorado em Direito
Centro Universitário de Brasília

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

Presidente do Conselho Editorial do UniCEUB

Elizabeth Regina Lopes Manzur

Diretor do ICPD

João Herculino de Souza Lopes Filho

Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado e Editor

Marcelo Dias Varella

Linha editorial

A Revista de Direito Internacional (RDI) foi criada como instrumento de veiculação de trabalhos acadêmicos relacionados a temáticas tratadas pelo Direito Internacional Público e Privado. A revista é sucessora da Revista Prismas, que foi dividida em dois periódicos (junto com a Revista Brasileira de Políticas Públicas), em virtude do aumento do impacto e interesse dos autores em submeter artigos. Na busca pelo desenvolvimento e construção de visões críticas a respeito do Direito Internacional, a RDI possui sua linha editorial dividida em dois eixos:

1. Proteção internacional da pessoa humana: abrange questões referentes ao direito internacional ambiental, direito humanitário, internacionalização do direito, além de pesquisas sobre a evolução do direito dos tratados como forma de expansão do direito internacional contemporâneo.
2. Direito Internacional Econômico: abrange questões referentes aos sistemas regionais de integração, direito internacional econômico e financeiro e solução de controvérsias comerciais e financeiras. A RDI busca incentivar a pesquisa e divulgação de trabalhos relacionados às disciplinas voltadas para o estudo do Direito Internacional publicando artigos, resenhas e ensaios inéditos. A revista está aberta às mais diversas abordagens teóricas e metodológicas impulsionando a divulgação, o estudo e a prática do Direito Internacional.

Editor Gerente

Marcelo D. Varella, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

Editor Adjunto

Nitish Monebhurrn, Centro Universitário de Brasília, Revista de Direito Internacional, Brasília/DF, Brasil

Comitê editorial

Alice Rocha da Silva, Centro Universitário de Brasília
Cláudia Lima Marques, Universidade Federal do Rio Grande do Sul
José Augusto Fontoura Costa, Universidade de São Paulo
Julia Motte Baumvol, Université d'Evry Val d'Essonne
Nádia de Araújo, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro
Sandrine Maljean-Dubois, Universidade Aix-Marseille, França
Carolina Olarte Bacares, Universidade Javeriana, Colômbia

Layout capa

Departamento de Comunicação / ACC UniCEUB

Diagramação

S2 Books

Disponível em:

www.rdi.uniceub.br

Circulação

Acesso aberto e gratuito.

Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Citação parcial permitida com referência à fonte.

Revista de Direito Internacional / Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, volume 15, número 3 - . Brasília : UniCEUB, 2011- .

Quadrimestral.

ISSN 2237-1036

Disponível também on-line: <http://www.rdi.uniceub.br/>

Continuação de: Revista Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização. Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB.

1. Direito Internacional. 2. Políticas Públicas. 3. Mundialização. I. Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB. II. Centro Universitário de Brasília.

CDU 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Endereço para Permuta

Biblioteca Reitor João Herculino

SEPN 707/907 Campus do UniCEUB

Cep 70790-075 Brasília-DF

Fone: 61 3966-1349

E-mail: biblioteca@uniceub.br

Sumário

I. DOSSIÊ ESPECIAL: HISTORY OF INTERNATIONAL LAW.....	1
EDITORIAL	8
What does it mean to apply history in international law studies?	8
Arthur Roberto Capella Giannattasio	
SUR LA NATURE DU DROIT ISLAMIQUE.....	14
Hocine Benkheira	
1. Un problème de vocabulaire.	14
2. Droit et justice.....	21
3. Les sources du DI.	22
4. Conclusion.	23
ISLAMIC SHARI'A LAW, HISTORY AND MODERNITY: SOME REFLECTIONS	25
Suleiman A. Mourad	
1. Introduction	26
2. The historical record.....	26
3. Modernity and Islamic Law.....	29
4. Conclusion	31
Bibliography	31
THE (UN)PRACTICAL SECULARIZATION PROCESS: INTERNATIONAL LAW AND RELIGION AS SO-	
CIAL REALITIES	33
Douglas de Castro	
1. Introduction	34
2. The construction of the international social reality – International Law and Religion historical	
and instrumental approaches and resistance	36
2.1. Summa-divisio? International Law and Religion as part of the social reality	36
2.2. The secularization narrative: “In the beginning, Westphalia created secular states.”.....	37
2.3. The origins of International Law – religious dimension	39
2.4. Modern International Law – religious dimension still present	41
2.5. Religious experiences in international law: political and epistemic communities.....	42
3. Final remarks	44

Bibliography	45
--------------------	----

BRAZILIAN LITERATURE ON INTERNATIONAL LAW DURING THE EMPIRE REGIME. OR THE DIFFUSION OF INTERNATIONAL LAW IN THE PERIPHERIES THROUGH APPROPRIATION AND ADAPTATION..... 50

Airton Ribeiro da Silva Júnior

1. Introduction	51
2. Pedro Autran da Matta Albuquerque and Klüber's droit des gens de l'Europe: a history of appropriation and adaptation	53
2. The hybridization continues: Antônio Menezes Vasconcelos de Drummond and João Silveira de Souza	60
3. Conclusion	63
References.....	64

NATURAL, POSITIVO, ROMANO E UNIVERSAL? INVESTIGAÇÃO SOBRE O DIREITO DAS GENTES EM TOMÁS DE AQUINO68

Rafael Zelesco Barretto

1. Introdução	69
2. Precisações conceituais: o direito em Tomás de Aquino.....	70
3. O ius gentium em duas passagens da Suma e uma da ética.....	72
4. o ius gentium no contexto da Suma teológica.....	75
4.1. O Tratado da Lei	75
4.2. O Tratado da Justiça	76
5. O ius gentium nas fontes romanas de Tomás de Aquino	80
6. O ius gentium no contexto do raciocínio jurídico aristotélico: a proporcionalidade	83
7. Outras interpretações do ius gentium em Tomás de Aquino	85
7.1. Santiago Ramírez.....	85
7.2. Peter Haggemacher.....	90
7.3. Michel Villey.....	92
8. Considerações finais	93
Referências.....	94

II. ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS97

VINCULAÇÃO DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS: UMA DISCUSSÃO DO DESENVOLVIMENTO HUMANO COM BASE NO CONCEITO DE AMARTYA SEN SOBRE O MÍNIMO EXISTENCIAL.....99

Natalia Mascarenhas Simões Bentes e Yasmim Salgado Santa Brígida

1. Introdução	100
2. A proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais.....	100

3. As consequências dos DESC como direitos fundamentais.....	108
4. Uma ideia de justiça no aumento de liberdades para o desenvolvimento social.....	112
5. Das liberdades e dos direitos sociais ao mínimo existencial	116
6. Considerações finais	118
Referências.....	119

A NOVA LEI DE MIGRAÇÃO E A PROTEÇÃO CONFERIDA AO APÁTRIDA: ALINHAMENTO BRASILEIRO AO PADRÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS 122

Pedro Henrique de Faria Barbosa e Sylvio Loreto

1. Introdução	123
2. Convenções internacionais sobre apátridas	126
3. O apátrida e a nova Lei de Migração.....	129
4. Considerações finais	134
Referências.....	135

E SE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) RESTABELECE A VIGÊNCIA DA CONVENÇÃO N. 158 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT) NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA? SOBRE UMA POSSÍVEL REVIRAVOLTA, PELA VIA DO DIREITO INTERNACIONAL, DAS LEIS TRABALHISTAS BRASILEIRAS 138

Daniel Damasio Borges

1. Introduction	139
1. A inconstitucionalidade da denúncia da Convenção n. 158 e o seu corolário: o restabelecimento da vigência da Convenção n. 158 da ordem jurídica brasileira	140
1.1. A afirmação do papel do Congresso Nacional a respeito da denúncia de um tratado internacional ...	140
1.2. O efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade do Decreto n. 2.100/1996.....	145
2. A reentrada em vigor da Convenção n. 158 na ordem jurídica brasileira e os seus efeitos sobre as relações de trabalho	147
2.1. A imposição do dever ao empregador de justificar o despedimento	147
2.2. O dever de consultar do empregador de consultar os representantes dos trabalhadores nos despedimentos por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais e análogos	155
3. Considerações finais	159
Referências.....	160

JULGADOS DA CORTE INTERAMERICANA SOBRE CASOS BRASILEIROS E POLÍTICAS PÚBLICAS: REFLEXÕES ACERCA DE POSSÍVEIS INFLUIÇÕES..... 165

Rafael Osvaldo Machado Moura

1. Introdução	166
2. Políticas públicas	166
2.1. Definição de política pública	167

2.2. Diferentes tipos de políticas públicas.....	167
2.3. Ciclo de políticas públicas.....	168
3. Sistema Interamericano de Direitos Humanos.....	169
3.1. Comissão Interamericana.....	169
3.3. O Sistema Interamericano como mecanismo de controle da atuação dos Estados nacionais.....	170
4. O Sistema interamericano e o controle de políticas públicas.....	171
4.1. As decisões da Corte Interamericana sobre o Brasil.....	171
4.2. Avaliação dos julgados interamericanos à luz dos marcos conceituais das políticas públicas.....	174
5. Considerações finais.....	176
Referências.....	176

CREATING BRIDGES BETWEEN INTERNATIONAL RELATIONS THEORY AND INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW: CONSTRUCTIVISM AND THE ROLE OF BRAZIL IN THE INTER-AMERICAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS..... 179

Ismael Francisco de Souza, Luciana Rocha Leme e Erick da Luz Scherf

1. Introduction.....	180
2. Contextualization of the constructivist approach to human rights in international relations.....	183
3. Brazil under the rule of the Inter-american System – seeing through constructivist lenses.....	187
3.1. Contextualization and impacts from “Gomes Lund and others versus Brazil” and “Herzog versus Brazil” in the Brazilian Supreme Court.....	188
3.2. The Brazilian Supreme Court and the impossibility of imprisonment of the unfaithful depositary in Brazil.....	192
4. Final Considerations.....	194
References.....	195

JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NA ARGENTINA E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE DO CASO LUIS MUIÑA (“REGRA 2x1”)..... 199

Emilio Peluso Neder Meyer e Jessica Holl

1. Introdução.....	200
2. O caso Luis Muiña.....	201
3. Perspectivas a partir do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.....	205
3.1. Privação arbitrária de liberdade.....	205
3.2. Tortura.....	206
3.3. Desaparecimento forçado.....	208
3.4. Aplicação da “regra 2x1”.....	211
4. Override e backlash em um constitucionalismo transnacional.....	213
5. Considerações finais.....	215
Referências.....	215

A LEGALIDADE E LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO HUMANITÁRIA: UMA MEDIDA AINDA NECESSÁRIA.219

Natália Caye Batalha Boeira

1. Introdução	220
2. O conceito de intervenção humanitária	221
3. A legalidade na intervenção.....	223
3.1. A Humanização do Direito Internacional.....	223
3.2. O Conceito de Segurança Coletiva	225
3.3. A Soberania como responsabilidade	227
3.4. O controle de legalidade das resoluções do Conselho de Segurança.....	230
4. A questão da legitimidade	232
4.1. A Legitimidade a partir dos critérios estabelecidos pela Comissão Internacional sobre Intervenção e Soberania dos Estados: a Responsabilidade de Proteger.....	234
4.1.1. A justa causa.....	234
4.1.2. A intenção correta	236
4.1.3. O último recurso.....	237
4.1.4. Os meios proporcionais.....	238
4.1.5. Razoáveis chances de sucesso.....	239
4.1.6. Autoridade competente	239
4.2. A Responsabilidade ao Proteger	241
5. Considerações Finais	242
Referências	244

O ACORDO DE ESCAZÚ E O ACESSO À INFORMAÇÃO AMBIENTAL NO BRASIL.....252

Érica Bezerra Queiroz Ribeiro e Bruno Amaral Machado

1. Introdução	253
2. Transparência, acesso à informação e proteção ambiental.....	254
3. A relevância do quadro normativo brasileiro para promoção da transparência ambiental	255
4. A condição de vulnerabilidade do solicitante e o teste do interesse público como inovações advindas do Acordo de Escazú para incremento da transparência ambiental.....	259
5. Considerações finais	263
Referências.....	264

DOS POVOS NATIVOS AO SURGIMENTO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS: INFLUÊNCIAS DOS DISCURSOS JURÍDICOS, RELIGIOSOS E MÉDICOS PARA A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE HOMOSSEXUALIDADE NO BRASIL

267

1. Introdução	268
2. A chegada dos colonizadores e o pecado da sodomia no Brasil: de aceitação social ao pecado nefando	271
3. A criminalização da homossexualidade no Brasil: de pecado moral à tipificação penal	273
4. A construção de uma patologia: de tipo penal à patologização da identidade homossexual	279
5. O surgimento do Movimento LGBT: a despatologização da identidade homossexual em pauta e a busca por visibilidade	282
6. Considerações finais	286
Referências.....	287

ASPECTOS JURÍDICOS DA PARTICIPAÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA NA OMC: COMPREENDENDO SUTILEZAS DE UM DELICADO ENLACE..... 291

Camilla Capucio

1. Introdução	292
2. Efeitos do Direito da OMC na ordem jurídica comunitária e a jurisprudência do TJUE	293
3. Aspectos da governança comunitária para tomada de decisão na OMC.....	298
4. Procedimentalizando a participação na OMC: desafios e perspectivas	299
4. Considerações Finais	302
Referências	303

PATH TO JUDICIAL ACTIVISM? THE USE OF “RELEVANT RULES OF INTERNATIONAL LAW” BY THE WTO APPELLATE BODY307

Mariana Clara de Andrade

1. Introduction	308
2. The debate on jurisdiction and applicable law and the use of other “relevant rules of international law”	309
3. The use of Article 31(3)(c) by the WTO AB: case studies	312
3.1. US – Shrimp.....	312
3.2. US — Anti-Dumping and Countervailing Duties (China).....	313
3.3. EC and certain member States — Large Civil Aircraft	314
3.4. Peru – Agricultural Products.....	315
4. Implications of the use of Article 31(3)(c) to the WTO DSS: a potential source for judicial activism?	316
5. Conclusion	319
References	320

LEVEZA E PESO NA MEDIAÇÃO COMERCIAL INTERNACIONAL: O CONTEÚDO JURÍDICO DO ACORDO CORPORATIVO MEDIADO E SUA INCORPORAÇÃO PELO DIREITO BRASILEIRO324

Henrique Lenon Farias Guedes

1. Introdução	325
2. Mediação internacional e mediação estrangeira	326
3. O conteúdo jurídico da mediação no Brasil	329
4. A mediação estrangeira no Brasil	331
4.1. Extraterritorialidade e Internet.....	332
4.2. O tratamento legislativo	332
4.2.1. O local da constituição da obrigação.....	334
4.2.2. Livre escolha da lei aplicável	335
4.2.3. O controle judicial do acordo mediado.....	337
5. O atual debate internacional	338
5.1. O tratamento da HCCH.....	338
5.2. O tratamento da UNCITRAL.....	339
6. Considerações finais	340
Referências	340

JURISDIÇÃO INTERNACIONAL E AS DIFICULDADES DE EXECUÇÃO DE SENTENÇAS INTERNACIONAIS NO BRASIL.....344

Nevitton Vieira Souza

1. Introdução	345
2. Jurisdicionalização da sociedade internacional	346
3. Sentenças internacionais	348
4. Cumprimento de sentenças internacionais	349
5. Propostas legislativas nacionais	352
6. Considerações finais	354
Referências	355

O DEVER DE COOPERAÇÃO NOS CONTRATOS DE VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS: PRESUPOSTOS TEÓRICOS E REPERCUSSÕES PRÁTICAS DA CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA PARA A APLICAÇÃO DA CISG358

Angelo Gamba Prata de Carvalho

1. Introdução	359
2. Interpretação e integração dos contratos comerciais internacionais	360
3. O papel da cláusula geral da boa-fé objetiva como parâmetro de aplicação da CISG	364
4. O dever de cooperação como dever lateral decorrente da boa-fé objetiva	368
5. Concretização do dever de cooperação na aplicação da CISG	370
6. Considerações Finais	374

Referências.....	376
------------------	-----

A DIMENSÃO JURÍDICA DO IMPERIALISMO NA (DES)ORDEM GLOBAL CAPITALISTA: UMA ANÁLISE COM BASE NA CRÍTICA MARXISTA AO DIREITO INTERNACIONAL E ÀS RELAÇÕES POLÍTICO-ECONÔMICAS DE DOMINAÇÃO E DEPENDÊNCIA.....380

Thomaz Delgado De David, Maria Beatriz Oliveira da Silva e Rosane Beatris Mariano da Rocha Barcellos Terra

1. Introdução	381
2. Imperialismo: entre diferentes conceitos e interpretações	382
2.1. Em busca de uma definição do Imperialismo	383
2.2. As dimensões do imperialismo: política e econômica	386
3. Teoria marxista do direito.....	389
3.1. Elementos do materialismo histórico-dialético para uma teoria marxista do direito	389
3.2. Direito: entre forma jurídica e conteúdo normativo	391
4. A dimensão jurídica do imperialismo.....	393
4.1. O direito internacional como expressão do imperialismo pelo conteúdo.....	393
4.2. O direito internacional como expressão do imperialismo pela forma.....	395
5. Considerações finais	397
Referências.....	398

A PARTICIPAÇÃO DE BRASIL E ESTADOS UNIDOS NA FORMULAÇÃO DAS REGRAS MULTILATERAIS DO COMÉRCIO AGRÍCOLA 402

Vera Thorstensen, Vivian Daniele Rocha Gabriel e Alebe Linhares Mesquita

1. Introdução	403
2. A regulação da agricultura no sistema multilateral do comércio.....	404
2.1. Acesso a mercados	405
2.2. Apoio doméstico	407
2.3. Competição nas exportações	409
2.4. Ministerial de Bali.....	411
2.5. Ministerial de Nairóbi.....	412
2.6. Ministerial de Buenos Aires.....	413
3. Posicionamento de Brasil e EUA nas negociações agrícolas no sistema multilateral do comércio.....	414
4. Uma nova agenda de negociação agrícola para Brasil e EUA	430
5. Considerações finais	434
Referências	436

A GALÁXIA LEX E A CONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA JURÍDICO TRANSNACIONAL 441

Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza e Jéssyka Maria Nunes Galvão

1. Introduction	442
2. O paradigma do pluralismo jurídico no contexto transnacional.....	442
3. As ordens jurídicas especializadas.....	443
4. O desenvolvimento de um sistema jurídico transnacional.....	446
5. Considerações finais	449
Referências.....	450

HAS THE ABILITY OF TRUTH COMMISSIONS TO RECOMMEND AMNESTY BEEN EFFECTIVE IN ENHANCING PERPETRATOR COOPERATION?453

Jeremy Sarkin

1. Introduction	454
2. Providing Amnesty to Perpetrators.....	456
3. The role of the South African TC in granting amnesty	459
4. Truth Commissions with the power to recommend amnesty	462
4.1. Grenada.....	462
4.2. Timor-Leste.....	462
4.3. Indonesia–Timor-Leste Commission on Truth and Friendship (CTF)	465
4.4. Liberia.....	466
4.5. The Kenyan Truth, Justice and Reconciliation Commission (TJRC).....	467
4.6. Republic of Korea.....	468
5. Other TC Amnesty Processes	469
6. Conclusion	471
Bibliography	472

A CONCEPTUAL PAPER ON THE POLICY-FRAMEWORK THAT MIRRORS THE DYNAMIC LINK BETWEEN HUMAN SECURITY, SOCIAL PROTECTION AND SAFETY NETS, AND FOOD AND NUTRITIONAL SECURITY: THE CASE OF THE “GULAYAN SA PAARALAN PROGRAM”, THE PHILIPPINES478

Renato Lagapa Base

I. Introduction	478
1.1. Problem Statement.....	479
1.2. Purpose of Inquiry and Inquiry Questions.....	479
1.3. Significance of the Inquiry	479
1.4. Summary of Theoretical Framework	480
1.5. Delimitations and Limitations	480
2. Analysis and Discussion of the Literature	480
2.1. Literature on the Policies Enunciated by the Philippine Government Relative to GPP: A Historical Perspective.....	480
3. Methods for Collecting and Analyzing Literature	484

4. Discussion.....	485
5. Conclusions.....	488
6. Recommendations for Future Research.....	488
References.....	488

INCENTIVISING SMALLHOLDER FARMER LIVELIHOODS AND CONSTRUCTING FOOD SECURITY THROUGH HOME-GROWN SCHOOL FEEDING: EVIDENCE FROM NORTHERN GHANA 491

Clement Mensah

1. Introduction	491
2. Smallholder farmer livelihoods and home-grown school feeding.....	492
3. Ghana School Feeding Programme and SNV's Grain Banks Initiative	494
4. Materials and methods.....	495
4.1. The study area.....	495
4.2. Sampling and data analysis.....	495
5. Results and Discussion.....	496
5.1 Sourcing foodstuffs for school feeding.....	496
5.2. Incentivizing farmers' access to GSFP market through Grain Banks: To what extent?.....	497
5.3. Constructing food and nutritional security	499
6. Conclusion	500
Bibliographic References	501

POLICY COHERENCE IN THE IMPLEMENTATION OF THE 2030 AGENDA FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT: THE BRAZILIAN SCHOOL FEEDING PROGRAMME CASE STUDY 506

Mariana Werlang Girardi

1. Introduction	507
2. Methodology	508
3. Results and discussion.....	511
3. Directions for future research.....	526
4. Research limitations	526
4.1. Construct Validity.....	526
4.2. External Validity.....	526
5. Conclusions.....	526
References.....	527

NORMAS EDITORIAIS..... 531

Envio dos trabalhos:.....	532
www.rdi.uniceub.br.....	533

**I. DOSSIÊ ESPECIAL:
HISTORY OF INTERNATIONAL LAW**

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Editorial

Arthur Roberto Capella Giannattasio

VOLUME 15 • N. 3 • 2018
HISTORY OF INTERNATIONAL LAW

Editorial

WHAT DOES IT MEAN TO APPLY HISTORY IN INTERNATIONAL LAW STUDIES?

Arthur Roberto Capella Giannattasio*

It is normal to perceive the legal scholarship in peripheral epistemic communities as being highly influenced by the research agendas established by the central epistemic communities in Western Europe and North America. This is particularly clear when one takes into account the development of international legal scholarship in peripheral academia, as studies and research issues are primarily examined in accordance with pure and applied concerns regarding material and immaterial needs in central academia¹.

Indeed, at least in recent Brazilian scholarship in international law, it is worth noting that many themes which found resonance in local academia were responses to academic debates introduced within the center in the last three decades². However, peripheral academia in international law is not only chasing the topics which were identified as areas of interest of central academia. There is an awareness that local Brazilian academia is also pursuing evocative debates concerning theoretical and practical issues in the use of alternative methods to study and to teach international law³, and even to develop innovative research in this field^{4 5}.

1 The “international character” of international law is recently being questioned by authors of different legal traditions; for example, see BACHAND, Rémi. *Les Subalternes et le Droit International*. Paris: Pedone, 2018, FARIA, José. *Direito e Conjuntura*. São Paulo: Saraiva/DireitoGV, 2008; GIANNATTASIO, Arthur. Tradição e Crítica no conhecimento sobre Direito da Integração, *Revista Direito GV*, v. 13, p. 716-748, 2017, HART, Michael; NEGRI, Antonio. *Empire*. Cambridge: Harvard University, 2000, LORCA, Arnulf. *Direito Internacional na América Latina ou Direito Internacional Latino-Americano?* In: BADIN, Michelle; BRITO, Adriane; VENTURA, Deisy (Org.). *Direito Global e suas Alternativas Metodológicas*. São Paulo: FGV Direito SP, p. 31-65, 2016, ONUMA, Yasuaki. *Direito Internacional em Perspectiva Transcivilizacional*. Belo Horizonte: Arraes, 2016, ROBERTS, Anthea. *Is International Law International?* Oxford: Oxford University, 2017. Some of those ideas are also mentioned in articles published in the special issue *Exclusion and its Critics: Southern Narratives of International Law*, which was the first volume in 2018 of this Brazilian Journal of International Law.

2 Examples include: (i) in the 1990s: World Trade Organization and the liberalization of international trade, free trade agreements, economic integration, international human rights and universal and regional systems for the protection of human rights; (ii) in 2000s: transnational law, global law, global administrative law, global governance, terrorism, international environmental law and mankind as the purpose and the duty of international law; and (iii) in 2010s, international migration and refugees, international security and border control, business and human rights, international cooperation to fight corruption and money laundering, cyber warfare, national security, the impact of internet on elections, among others.

3 Moreover, one could not ignore the discussions and the efforts in the last decade concerning the use of works of art, role-plays, clinics and the participation of students in national and international competitions (such as moot courts) to teach international law in a more concrete way and to enhance the engagement of students with international law issues.

4 It is also important to remember the academic debates in the last decade concerning (i) the use of empirical methods (interview, document analysis, observation, participant observation) to collect reliable information and data concerning international law, and, more recently (ii) the use of critical perspectives (queer, race, postcolonial/decolonial and third-world theories) to research international law and international human rights.

5 Although some critical approaches mentioned in the last footnote are related to epistemic communities which are not traditionally associated with the center - such as third-worldism

* Full-time Professor of International Law - Mackenzie University Law School (São Paulo, Brazil). E-mail: artcapell@gmail.com

The use of history in international law studies does not seem to escape from such center-periphery relationship. Indeed, largely inspired by the historiographical turn in international law⁶ pursued by Martii Koskenniemi in its main works⁷, an enthusiastic Brazilian legal scholarship is also nowadays facing this new epistemic demand of thinking international law historically⁸. There is even a recent attempt - maybe roughly epistemologically motivated to reply to the traditional narrative on the European founding fathers of international law⁹ - to identify vestiges of a certain “Brazilian School” of International Law. The idea seems to be to discover traces of a Brazilian international legal identity by examining the academic contributions of past Brazilian scholars¹⁰.

and postcolonial/decolonial perspectives, it is important to highlight two aspects.

First of all, they are associated with a geographically and economically central epistemic community. Indeed, they are a kind of extension of the critical legal studies movement (UNGER, Roberto. *The Critical Legal Studies Movement*. London/New York: Verso, 2015) to international law - the new approaches to international law (KENNEDY, David. Preface. In: BENEYTO, Jose; KENNEDY, David (Ed.). *New Approaches to International Law*. The Hague: TMC Asser, p. v-xv, 2013), which is associated with academic debates of a specific epistemic community at Harvard University (GALINDO, George. A Volta do Terceiro Mundo ao Direito Internacional. In: BADIN, Michelle; BRITO, Adriane; VENTURA, Deisy. *Direito Global e suas Alternativas Metodológicas*. São Paulo: FGV DIREITO SP, p. 67-96, 2016 and GALINDO, George. Splitting TWAIL?, *Windsor Yearbook of Access to Justice*, v. 33, n. 3, p. 37-56, 2016) and to its recent development within the academic network led by the Institute for Global Law & Policy at Harvard Law School.

Secondly, those epistemic communities can be regarded as a different kind of center: even if nowadays detached from geographical and economic centers (North America and Europe), their perspectives have established core critical discourses on international law. In other words, they established a central intellectual field (BOURDIEU, Pierre. *Campo Intelectual e Projeto Criador*. In: POUILLON, Jean (Org.). *Problemas do Estruturalismo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, p. 105-45, 1968) on critical international legal studies. In this sense, they were responsible for creating a system of intertwined narratives which presides contemporary criticism on international law. Thus, anyone who wants to criticize international law nowadays cannot avoid making reference to these established critical approaches to international law.

Thus, in this double sense - central economic and geographical origins and contemporary central discursiveness, we understand that these critical approaches can be pointed out as academic outcomes of central epistemic communities. This means that they reveal and exercise epistemological power, that is, they establish criteria and conditions of possibility for the development of research agendas in peripheral epistemic communities.

6 That is, “a constant and growing need on the part of international lawyers to review (even to confirm) the history of international law and to establish links between the past and the present situation of international norms, institutions and doctrines. The historiographical turn also involves the need to overcome the barriers that separate the theory from the history of the discipline.” (GALINDO, George. Martii Koskenniemi and the Historiographical Turn in International Law, *European Journal of International Law*, v. 16, n. 3, 2005, p. 541). For another broad theoretical appraisal of this turn to history in international legal studies, see, for instance, CRAVEN, Matthew. Theorizing the Turn to History in International Law. In: ORFORD, Anne; HOFFMANN, Florian (Ed.). *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*. Oxford: Oxford University, p. 21-37, 2016.

7 KOSKENNIEMI, Martii. *From Apology to Utopia*. Cambridge: Cambridge University, 2005, KOSKENNIEMI, Martii. *The Gentle Civilizer of Nations*. Cambridge: Cambridge University, 2004, KOSKENNIEMI, Martii. The Politics of International Law. In: KOSKENNIEMI, Martii. *The Politics of International Law*. Oxford/Portland: Hart p. 33-62, 2011 and KOSKENNIEMI, Martii. The Politics of International Law - 20 Years Later. In: KOSKENNIEMI, Martii. *The Politics of International Law*. Oxford/Portland: Hart, p. 63-75, 2011.

8 See for example, BRITO, Adriane; VEÇOSO, Fabia; RORIZ, João. “Seremos Julgados”: Revisitando o Debate entre Alvarez e Sá Vianna sobre a Regionalização do Direito Internacional na América Latina. In: JUBILUT, Liliana (Coord.). *Direito Internacional Atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 287-315, 2014, GALINDO, George. Para uma Historiografia do Direito Internacional no Brasil. In: BADIN, Michelle; BRITO, Adriane; VENTURA, Deisy. *Direito Global e suas Alternativas Metodológicas*. São Paulo: FGV DIREITO SP, p. 433-43, 2016, VEÇOSO, Fabia. História e crítica em direito internacional na América Latina: revisitando discussões pretéritas sobre ensino jurídico na região, *Revista Derecho del Estado*, p. 91-117, 2017, VEÇOSO, Fabia. Bandung in the Shadow: the Brazilian Experience. In: ESLAVA, Luis; FAKHRI, Michael; NESIAH, Vasuki. (Org.). *Bandung, Global History, and International Law - Critical Pasts and Pending Futures*. Cambridge: Cambridge University, p. 411-428, 2017 and VEÇOSO, Fabia; RORIZ, João. História do/no Direito Internacional: questionamentos para a elaboração de estudos historiográficos em direito internacional no Brasil. BADIN, Michelle; BRITO, Adriane; VENTURA, Deisy. *Direito Global e suas Alternativas Metodológicas*. São Paulo: FGV DIREITO SP, p. 413-431, 2016.

9 PILLET, Antoine (Ed.). *Les Fondateurs du Droit International*. Paris: V. Giard & E. Brière, 1904. For a criticism on such idea, see, for instance, GALINDO, George. Para que serve a história do direito internacional?, *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 1, p. 338-54, 2015 and ONUMA, Yasuaki. *Direito Internacional em Perspectiva Transcivilizacional*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

10 An academic event was organized in 16-17 October 2018 in Brasília - GALINDO, George (Org.). *História do Direito Internacional no Brasil: Entre Universalismo, Localismo e Identidades*. Brasília: UnB/CNPq, 2018 - in order to discuss some results on this research. Pedro Autran da Matta Albuquerque, Antônio de Vasconcelos Menezes de Drummond, Sá Vianna, Rui Barbosa, Joaquim Nabuco, Arthur Orlando, José Mendes, Clóvis Bevilacqua, Ceslo de Albuquerque Mello, Amaro Cavalcanti, Gilberto Amado, Hildebrando

Be that as it may, according to this perspective, the main justification for using history to understand international law, by means of a rapprochement of Law, History and Theory¹¹, is to surpass traditional Brazilian legal positivism and to develop a critical comprehension of international legal systems¹². This would then erode the linear basis of a legal discourse which still legitimates a continuous postcolonial domination of international relations by Western and European powers. After all, if their legal, political, economic and social traditions still operate as universal benchmarks of progress¹³, being aware of the persistence of such domination pattern would foster practical initiatives aiming to change contemporary international institutional legal framework and, with that, to fight global inequalities, exclusions and injustices¹⁴.

Such enthusiasm for a turn to history in international law within such schema is positive and should be neither underestimated, nor discouraged. However, the use of history to assess critically diachronic ruptures and continuities within the legal framework which organizes the relations between distinct political unities (“international relations”) is not new - not even in Brazil. Understanding and illustrating the range of this argument is the precise goal of the present special issue of the Brazilian Journal of International Law.

Of course one does not need to resort to Thucydides (460 b.C. - 400 b.C.)¹⁵, to Polybius (203 b.C. - 120 b.C.)¹⁶ or even to Niccolò Machiavelli (1469 a.D. -1527 a.D.)¹⁷ to exemplify this argument. During the XXth century, there are many authors who - years before the so-called historiographical turn - managed to think critically of international law through the lenses of history¹⁸. Although from different perspectives and seeking different goals, those authors resorted to history and other disciplines in order to understand the limits and the possibilities of international law.

Brazilian scholarship is not unacquainted with the use of history to develop a critical appraisal of legal institutions and concepts. Indeed, even before the above mentioned historiographical turn, there are renowned legal studies concerning both national¹⁹ and international²⁰ legal issues within a diachronic perspective. And such Brazilian legal thought on international law based on a historical perspective does not focus only in Brazilian-related issues. Indeed, there are authors for whom the use of history in international legal studies enables to identify: (i) ruptures and continuities in international legal theory and practices²¹, (ii)

Accioly, Raul Fernandes, José Settecamara, Vicente Marotta Rangel, Gilda Russomano e Guido da Silva Soares were the authors examined in the event.

11 GALINDO, George. Para que serve a história do direito internacional?, *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 1, p. 338-54, 2015.

12 GALINDO, George. Martii Koskenniemi and the Historiographical Turn in International Law, *European Journal of International Law*, v. 16, n. 3, 2005, p. 558.

13 For a criticism of the idea of progress in international law, see for example, SKOUTERIS, Thomas. *The Notion of Progress in International Law*. The Hague: TMC Asser, 2010.

14 GALINDO, George. Para que serve a história do direito internacional?, *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 1, 2015, p. 343-52.

15 When the author explores the idea that the Peloponnesian war (431 b.C. - 404 b.C.) between Athens and Sparta was a consequence of the violation of an armistice treaty between the two city-states (THUCYDIDES. *História da Guerra do Peloponeso*. 4 ed. Brasília/São Paulo: UnB/Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais/Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2001, p. 15-88).

16 When the author explores the idea that the Second Punic War (218 b.C.- 201 b.C.) between Rome and Carthage was a consequence of the violation of treaties between the two political unities (POLYBE. *Histoire*. Paris: Gallimard, 2003, p. 264-77).

17 When the author analyzes past experiences as sources for best political practices between Princes of different city-states (MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. São Paulo: Martins Fontes, 2008).

18 For instance, see the contributions by Charles ALEXANDROWICZ (1902-1975) (ALEXANDROWICZ, Charles. *The Law of Nations in Global History*. Oxford: Oxford University, 2017) or even by HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Empire*. Cambridge: Harvard University, 2000.

19 It would be impossible to exhaust the names and their respective contributions in a single footnote. Just as examples of contemporary authors, we mention here the names of José Reinaldo de Lima LOPES, Rafael QUEIROZ and Andréa SLEMIAN.

20 It would be impossible to exhaust the names and their respective contributions in a single footnote. Just as examples of contemporary authors, we mention here the names of Amado Luiz CERVO, Emilia Viotti da COSTA, Celso FURTADO, Celso LAFER, Caio PRADO JR.

21 For instance, CASELLA, Paulo. *Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, CASELLA, Paulo. *Direito Internacional no Tempo Antigo*. São Paulo: Atlas, 2012, CASELLA, Paulo. *Direito internacional no tempo medieval e moderno*

the consequences of a global agenda for developing and emerging countries²²; and (iii) the limits of non-Brazilian legal scholarship concerning international law - both in theory²³ and in practice²⁴.

Of course, these authors neither deal with the same subjects, nor follow the same methodological strategies, nor share the same critical perspectives²⁵. Still, they are mentioned here only to illustrate the argument that the use of history in critical international law studies is something which is not unusual in Brazilian scholarship and that it does not need to follow the “historiographical turn”. Indeed, this special issue concerning the history of International Law emphasizes that there is no single historical approach to international law (in terms of themes, methods and epistemologies) which can be regarded as legitimate and critical. Thinking otherwise would only replicate the above mentioned center-periphery epistemological relationship.

So, what does it mean to apply history in international law studies? At first sight, the common perception that international legal scholarship benefits from an interdisciplinary opening to historical thought. But this means in this special issue something more accurate: at least three main ideas which are valid - according to our point of view - not only to Brazilian legal scholarship in international law.

First, that focusing on international legal themes from the past is precisely a way to unravel the social, political, cultural, civilizational and economic hesitations underlying each legal concept, institution, practice or rule and, in this manner, to criticize current academic and non-academic consensus concerning them.

Secondly, that historical thought can also contribute to international legal studies by presenting alternative methodological approaches to international law: for instance, resorting (i) not only to secondary sources (literature review), but mainly to primary sources (such as documents), (ii) not only to official documents - originated in proceedings related to state organs, international organizations, transnational corporations, non-governmental organizations, among others, but also to non-official documents - originated outside those proceedings, and (iii) not only to written documents, but also to oral information about the past (oral history).

Finally, from an epistemological perspective, indicating that ideas and methods themselves are also produced within specific time and space conditions which embed more or less consciously the above mentioned social, political, cultural, civilizational and economic hesitations. Historical thought also benefits international legal scholarship, thus, by raising the alert that even Science and its trends are byproducts of power disputes by a certain kind of hegemony - that is, they follow the rise and fall of epistemic centers within time.

Raising the awareness concerning these three contributions of historical thought to international law is the main goal of this special issue. Thus, we hope that the following articles encourage the pursuit of a

até Vitória. São Paulo: Atlas, 2012, CASELLA, Paulo. *Direito internacional no tempo moderno de Suarez a Grócio*. São Paulo: Atlas, 2013, CASELLA, Paulo. *Direito Internacional no Tempo Classico*. São Paulo: Atlas, 2015.

22 For instance, CASELLA, Paulo. *BRIC: Brésil, Russie, Inde, Chine et Afrique du Sud - a l'heure d'un nouvel ordre juridique international*. Paris: A. Pedone, 2011, FARIA, José. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004, FARIA, José. *Direito e Conjuntura*. São Paulo: Saraiva/DireitoGV, 2008.

23 For instance, GIANNATTASIO, Arthur. Tradição e crítica no conhecimento sobre direito da integração, *Revista DireitoGV*, v. 13, p. 716-748, 2017.; MOROSINI, Fabio; BADIN, Michelle (Org.). *Reconceptualizing International Investment Law from the Global South*. Cambridge: Cambridge University, 2017.

24 For instance, BADIN, Michelle; MOROSINI, Fabio. Los vínculos comerciales y de inversión Sur-Sur: reflexiones sobre la relación Brasil-Angola, *Foro Internacional*, v. LVII, p. 285-316, 2017; DURAN, Camila. The Framework for the Social Accountability of Central Banks: The Growing Relevance of the Soft Law in Central banking, *European Journal of Legal Studies*, v. 8, n. 2, p. 97-125, 2015; GIANNATTASIO, Arthur. Verità Effetuale e Paz no Direito da Integração Europeia, *Revista Direito e Práxis*, v. 9, p. 610-639, 2018.

25 For an alternative critical perspective on the use of history to understand critically international legal institutions and concepts, see for instance, GIANNATTASIO, Arthur. Fundamentos de uma análise sociológica crítica das instituições jurídicas internacionais: negatividade e política na metodologia dos estudos em Direito Internacional no Brasil, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 116, p. 113-158, 2018.

progressive discursive debate in international legal studies worldwide - in terms of themes, methods and epistemologies. Enjoy them!

On behalf of the guest editors,
Arthur Giannattasio

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Sur la nature du Droit Islamique
Sobre a Natureza do Direito islâmico
On the Nature of Islamic Law

Hocine Benkheira

Sur la nature du Droit Islamique*

Sobre a Natureza do Direito islâmico

On the Nature of Islamic Law

Hocine Benkheira**

RÉSUMÉ

L'expression « droit musulmans » ou « droit islamique » pourrait laisser croire à l'existence d'un modèle juridique universel. Dans notre contribution nous cherchons à souligner certaines spécificités du système institutionnel de l'islam, comme par exemple le fait que le rôle central est joué non par le juge, mais par le juriste ou mufti. C'est ce fait qui empêche la subordination du système juridique au système politique. Il en est autrement de nos jours alors que la plupart des pays musulmans ont adopté un modèle d'inspiration occidentale.

Mots-clés: droit islamique; Moyen Orient ; Juriste ; Interprétation ; Droit révélé

ABSTRACT

The term «Muslim law» or «Islamic law» might suggest the existence of a universal legal model. In our contribution we seek to highlight some specificities of the institutional system of Islam, such as the fact that the central role is played not by the judge, but by the jurist or mufti. It is this fact that prevents the subordination of the legal system to the political system. It is different nowadays when most Muslim countries have adopted a Western-inspired model.

Keywords : islamic Law – Middle-East – jurists – interpretation – revealed Law

1. UN PROBLÈME DE VOCABULAIRE.

Mon exposé d'aujourd'hui porte sur du droit, non pas sur une société ou sur une théorie. En français, comme dans d'autres langues européennes, on distingue droit et loi (en allemand, *recht/ gesetz*).¹ Existe-t-il des mots similaires en arabe ? Il faut probablement distinguer selon que l'on parle

* Auteur invité / Guest author / Autor convidado.

** Docteur ès Lettre (Université Paris III),
Professeur (École Pratique des Hautes Études).
E-mail : Hocine.Benkheira@ephe.psl.eu

¹ A titre comparatif, voir « *Jus* » de Georges Dumézil, *Idées romaines*, 2^e édition, Gallimard, 1980 [1969], 31-45, ainsi qu'Emile Benvéniste, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, Minuit.

de l'arabe, avant l'apparition de l'islâm, ou de l'arabe, qui a été profondément marqué par l'islâm. L'arabe dispose d'une série de termes : *sunna*, *sharʿ*, *sharʿa*, *fiqh*, *qânûn*. Aucun n'équivaut à droit, sauf *fiqh*, mais qui a une autre signification. Pour parler des « droits » de la personne, on utilise un mot différent : *haqq*, pl. *huqûq*. Ce terme a d'autres sens : notamment il peut signifier « vrai » (opposé à *bâtil*, « faux »), de là *haqîqa*, « vérité », mais aussi « réalité » ; il peut même désigner Dieu (nom divin). C'est seulement à l'issue d'un long processus complexe que *fiqh* a fini par désigner « le droit islamique », dans un sens très large. Le mot *fiqh* peut être traduit par « intelligence » (au sens actif, dynamique, du verbe 'intelliger'), « compréhension », voire même « science » (on rencontre l'expression *fiqh al-lughba*, « science de la langue »). Il y a eu pendant longtemps une compétition entre *fiqh* et 'ilm (science). On désigne le juriste par les mots *faqîh* ou 'âlim. Mais ce dernier terme peut être appliqué à toute personne savante. Aujourd'hui, sans doute en raison de l'appropriation, dès la période classique, du terme 'ilm par la falsafa, une discipline profane et surtout exogène, c'est ce même terme qui sert à désigner les sciences au sens moderne.² Notez qu'un juriste très savant peut être affublé du titre de 'allâma, « le très savant ». Ainsi sont surnommés, par exemple du côté sunnite Ibn Khaldoun, comme du côté imâmite al-Hillî.

Le droit, dans tous les cas, doit être distingué à la fois des phénomènes sociaux mais aussi du monde des idées. On ne peut envisager une règle de droit comme on envisage une élection présidentielle ou une guerre. Mais une règle de droit, même si elle a un rapport étroit au monde des idées, n'est pas qu'une idée ou un ensemble d'idées. Le droit définit dans toute société l'espace dans lequel évoluent les sujets. C'est pour cela qu'il n'est pas faux de dire que, dans toute société et à toutes les époques, quelle que soit la forme qu'il prend, écrit ou oral, savant ou coutumier, il est le « squelette » de la société. Le droit n'est pas seulement important dans le monde islamique, il l'est également dans le monde occidental moderne. Il y a toutefois de nombreuses différences entre les deux univers, dont, sans doute, la plus importante est la désacralisation qui a atteint le droit occidental moderne. La loi n'est plus sacrée au même niveau où elle l'était dans les mondes anciens et les systèmes juridico-religieux. Il y a d'autres différences

importantes. En France, on tient pour évidentes des distinctions comme droit canonique/droit civil (au sens de droit romain), droit privé/droit public ou droit naturel/droit positif. En islâm, les distinctions qui sont de mises sont tout autres : on distingue le droit positif (*furûʿ*) de la théorie légale (*usûl*), le droit du culte (*ibâdât*) du droit des contrats (*muʿâmalât*) ou la *sharʿa* de la coutume ('urf, 'âda). Il n'y a pas par exemple de droit constitutionnel et les divisions si familières au juriste français (droit des personnes, droit commercial, droit administratif, etc.) sont inconnues.

Nous désignons par « droit islamique » ce que les musulmans appellent habituellement *fiqh*, un mot étrange qui signifie au départ « intelligence », « compréhension », sans doute aussi « science », en raison de son rapprochement et de sa confusion avec le mot 'ilm, « science », « savoir ». C'est pour cela qu'à partir d'une certaine époque, on a désigné indifféremment le juriste par les mots *faqîh*, pluriel *fuqahâ*, et 'âlim, pluriel 'ulamâ' (d'où le français « ouléma »). Il existe un autre mot que vous connaissez, c'est *sharʿa*, que l'on traduit habituellement par « loi islamique ». On peut distinguer *fiqh* et *sharʿa*, dans la mesure où cette dernière constitue un résultat auquel parvient le docteur de la Loi, le 'âlim, quand il parvient à cerner les contours de la loi islamique et à en préciser le contenu prescriptif (prescriptions positives et négatives), alors que le *fiqh* c'est l'ensemble des disciplines intellectuelles qui sont mobilisées afin de parvenir à cette fin ainsi que le résultat lui-même.

Aujourd'hui, et notamment du point de vue occidental, ce qui caractérise avec force le DI, est sa relation à une religion, dont il est un élément constitutif majeur, mais tout de même un simple élément. Autrement dit, intégré dans la structure du système religieux de l'islâm, le DI est pour cette raison assujéti à ce même système religieux. Considéré du point de vue d'aujourd'hui, où l'idée de loi de Dieu ou même l'idée plus générale d'une loi sur laquelle les humains n'auraient pas prise est devenue inadmissible, cette particularité du DI engendre, non seulement de l'incompréhension mais, ce qui est plus surprenant, une forte hostilité. Si nous nous plaçons à la fin de l'Antiquité tardive, l'idée de loi révélée était sans doute aussi répandue que l'est aujourd'hui la conception de la démocratie représentative.³ Les conceptions juridico-politiques sont des phénomènes historiques et,

² Cet usage est déjà attesté chez Ghazzâlî, dans l'*Ihyâ'*.

³ Voir Rémi Brague, *La loi de Dieu. Histoire d'une alliance philosophique*, Gallimard, coll. Folio, 2005.

par conséquent, aucune n'est ni naturelle ni éternelle. Du reste, on oublie que même dans les démocraties, une partie importante du droit n'a jamais été adoptée par les parlements mais héritée des institutions passées, comme la règle de la non rétroactivité des lois ou celle du consentement des parties dans le contrat.

En relation avec cette particularité, on doit évoquer **trois** problèmes qui sont distincts. **Premièrement**, l'opposition entre loi divine et loi humaine n'est pas si tranchée qu'il y paraît. Commençons par rappeler que la loi divine est imputée à la divinité comme au principe fondateur, qui échappe à l'influence humaine. On peut à bon droit considérer de ce point de vue que le Dieu, Auteur des lois, n'est qu'une fiction institutionnelle. S'agissant du droit islamique, il est le produit d'une tentative de concilier un message religieux, des traditions juridiques préislamiques et l'usage du raisonnement. Si nous considérons le droit français contemporain, par exemple, il est imputé au Peuple ou à la Nation ; dans les deux cas, ces deux entités sont également des fictions institutionnelles, car si personne ne peut prétendre avoir rencontré Dieu, nul non plus n'a vu le Peuple ou la Nation. Il ne s'agit pas cependant de conclure que Dieu et le Peuple (ou la Nation), c'est la même chose : ces fictions sont de nature différente. Il en va de même si nous rapportons le droit occidental contemporain à la Raison, car, ce faisant, nous élevons celle-ci au statut de force cosmique. Il faut indiquer qu'il y a une certaine cohérence de la part des *oulémas* à rapporter le DI à Dieu, car sur le plan théologique, ils défendent le concept d'un Dieu tout-puissant et interventionniste, qui n'admet aucun autre sujet que lui-même : l'homme n'est un sujet que sous l'autorité du Sujet monumental divin. Sur ce plan, il y a peu d'intérêt à opposer sunnisme et chiisme (sauf peut-être à une certaine époque, sa variante ismaélienne).

Deuxièmement, on ne doit pas confondre le DI avec le droit des pays musulmans contemporains, sauf quelques cas qui méritent d'être examinés de près (Arabie saoudite, Iran, Somalie, Lybie). Dans la plupart des autres pays musulmans, sauf le cas **turc**, le droit islamique constitue une source plus ou moins importante de la législation en vigueur dans chacun de ces pays. C'est surtout le droit civil, en particulier le droit des personnes, de la famille et des successions, qui reste dépendant du droit islamique. Malgré tout, il est rare que la législation en vigueur soit simplement inspirée du DI. Très souvent, cette législation est pénétrée de

concepts d'origine occidentale. Exemples : substitution de la distinction mineur-majeur à impubère-pubère, état-civil, patronyme, etc. On doit observer que même dans le cas turc, l'occidentalisation du droit est demeurée superficielle et n'a touchée que la partie urbaine et éduquée de la société. Les populations turques émigrées en Europe sont ainsi celles qui pratiquent le plus « le mariage arrangé », qui, aux yeux des droits ouest-européens est sinon un délit, un abus de pouvoir dans la mesure où le groupe de parenté fait pression sur l'individu (généralement, les filles) afin qu'il donne son accord à une union qu'il refuserait autrement. Le kémalisme a cherché à transformer la société par en haut, en transformant le droit, mais, comme dans les pays socialistes, on a violenté la société, qui a seulement attendu le moment propice pour prendre sa revanche. Par là même, on doit observer que le droit islamique continue d'être vivant, mais de manière qui est assez différente de ce que fut sa situation à l'Age classique (du III^e/IX^e au XIII^e/XIX^e s.).

Troisièmement, la comparaison qui est parfois faite entre le DI et le droit canonique est inexacte, car ce dernier a toujours existé aux côtés d'un droit civil, ou de coutumes, ou plus tard une législation impériale ou monarchique. La totalité de la vie sociale n'est pas régie par le droit canonique, qui règlement en priorité la vie des ecclésiastiques et les rapports des laïcs aux prescriptions religieuses. Par exemple, le droit canonique ne se préoccupe ni de droit commercial ni de la succession dynastique. Par ailleurs, le droit canonique est l'œuvre de l'Eglise, qui se conçoit comme une société à part entière, distincte de la société laïque, alors qu'une telle construction fait complètement défaut du côté islamique. Il est vrai que le droit canonique a longtemps régi les mariages et d'autres domaines, laïcisés depuis longtemps. Mais le mariage n'est tombé sous l'autorité du droit canonique que parce qu'il a été défini par la théologie comme un sacrement, donc un acte religieux, comme le blasphème ou le serment. Le DI est seul à régner en terre d'islâm : la dichotomie entre un droit religieux et un droit séculier non seulement absente mais impensable en terre d'islâm – sauf dans le cas particulier du *qânûn*, qui désigne l'ensemble des règles édictées par les pouvoirs en place, à condition que ces règles n'empiètent pas sur le champ d'intervention du DI (ainsi le *qânûn* ne peut jamais régir la filiation ou les

successions).⁴

Aussi l'on peut être tenté d'insister sur la nature *religieuse* du DI puisque c'est, pense-t-on, son contenu religieux qui le définit le mieux. Ce n'est pas inexact, mais ce faisant on risque de passer à côté de l'essentiel. Pour commencer, on doit remarquer que le DI n'est pas intégralement religieux, si l'on met de côté les matières rangées par les juristes musulmans sous la rubrique des *'ibādāt*, terme que l'on peut traduire grossièrement par « règles du culte », le reste a peu à voir en général stricto sensu avec la religion.

Prenons l'exemple du mariage. A la différence du christianisme, l'islâm ne propose aucune théologie du mariage, qui est défini comme un contrat ordinaire, qui suppose l'accord des co-contractants, exactement comme une opération commerciale : les juristes comparent souvent le contrat matrimonial à un acte de vente. Le DI énonce un certain nombre de règles pour qu'un mariage soit valide et entraîne ce faisant les effets attendus (légitimité des enfants qui en sont issus, vocation successorale entre les conjoints et entre ces derniers et leur progéniture, transmission du nom du père, création d'empêchements matrimoniaux, obligation alimentaire...). Il précise également les conditions de rupture du lien matrimonial et les obligations qui en découlent pour chacun des conjoints.

La religion peut intervenir dans ce corpus de règles, mais seulement à la marge, dans des domaines très précis : en fait on peut en indiquer deux. D'abord, la disparité religieuse entre futurs conjoints : un musulman ou une musulmane peuvent-ils épouser un conjoint non musulman ? La réponse à cette question, on le sait, dépend du genre, puisque, si, sous certaines conditions, un homme peut épouser une chrétienne ou une juive (ou appartenant à une religion assimilée), une femme ne le peut jamais. On n'échange pas donc de femmes avec les autres communautés religieuses : on leur prend des femmes, mais on ne leur en donne pas. Mais sans doute cette situation est-elle à rapporter à la règle plus générale de la parité entre conjoints (*kafâ'a*). En effet, selon cette règle, si un homme peut épouser une femme

de condition sociale et juridique inférieure à la sienne, une femme ne le doit jamais.⁵ Or dans une situation où l'islâm est majoritaire et prédomine, appartenir à une religion « protégée », c'est être un inférieur. Donc la disparité religieuse serait moins une conséquence de l'intervention de la religion dans le contenu normatif que la conséquence d'une conception hiérarchique de la société.

Une autre règle importante du mariage est concernée par la disparité religieuse, c'est la tutelle matrimoniale. Dans ce cas l'appartenance religieuse communautaire est en compétition avec les liens du sang : selon le DI, en cas de disparité religieuse entre un homme et sa fille (ou son fils mineur), il ne peut exercer la fonction de tuteur matrimonial à son égard, qu'il ait été musulman ou non. L'appartenance religieuse prévaut également en matière successorale sur les liens du sang puisque la disparité religieuse est un obstacle à la vocation successorale. Pourtant, on ne peut pas en déduire que c'est une règle générale. Il y a un domaine en particulier, où les liens du sang prévalent explicitement sur l'appartenance confessionnelle : c'est la *nafaqa*, l'entretien de l'épouse et de tous ceux qui dépendent du sujet (enfants, proches parents, esclaves).

Dans la mesure où la société est organisée sur un mode hiérarchique stricte, l'appartenance religieuse intervient comme un des principaux critères de hiérarchisation. C'est en fait moins de religion au sens habituel dans le monde occidental moderne qu'il faut parler que d'un mode d'être dans le monde. Le quiproquo au sujet du DI, quand on l'aborde d'un point de vue occidental, est qu'il est étranger au dispositif qui a fini par prévaloir en Europe de l'Ouest, à savoir l'émergence d'un Etat, maître des lois et seul titulaire de la souveraineté.⁶ Les parlements d'aujourd'hui comme la démocratie sont les formes d'épanouissement de ce dispositif. La principale singularité du modèle occidental est que l'Etat (qui possède, en droit international, mais pas seulement, la

4 Un exemple parmi d'autres, emprunté à la situation contemporaine. Au début des années 1980, quand les autorités algériennes ont cherché à établir un Code de la famille, elles ont consulté le Conseil Supérieur Islamique qui a notamment rejeté l'inscription de toute union matrimoniale à l'état-civil comme condition de validité sous prétexte que cette condition est étrangère au DI.

5 Il y a tout de même une entorse *théorique* à cette règle fondamentale : on admet qu'une femme de condition libre épouse un esclave ou affranchi. Mais on est en droit de se demander si cette possibilité n'est pas un « reste » des origines égalitaristes du DI, les anciens Arabes ayant été toujours hostiles à ces unions mixtes.

6 Le maître-livre dans ce domaine est encore le *Léviathan* de Thomas Hobbes (XVIIe), qui est la principale source d'inspiration du *Contrat social* de J.J. Rousseau, comme l'a bien montré F. Derathé (*JJ Rousseau et la science politique de son temps*, Vrin). Parmi plusieurs manuels d'histoire du droit, on peut citer Jean-Marie Carbasse, *Manuel d'introduction historique au droit*, PUF, 2009 (troisième édition refondue), voir notamment le chapitre 15 (« Le roi législateur »).

personnalité morale, donc la capacité d'agir comme *un sujet de droit*, autrement on ne pourrait parler de souveraineté à son sujet) devient le principal législateur. Même si en même temps le contrat est source du droit, surtout dans le domaine économique, il l'est sous l'égide et dans le cadre défini par l'Etat. Sans l'ordre juridique instauré ou préservé par l'Etat, aucun engagement n'aurait de valeur, sauf peut-être entre partenaires de même force. On insiste beaucoup sur l'aspect démocratique ; mais, tout compte fait, la différence entre la monarchie absolutiste et la démocratie parlementaire est *un détail technique*. Dans un cas c'est le monarque qui édicte les lois, dans l'autre, c'est le Chef de l'Etat après que le parlement les ait adoptées. La monarchie absolutiste ne signifie pas que les lois n'étaient pas pensées ni discutées avec profondeur et pénétration. L'absolutisme n'est pas le règne de l'arbitraire, sauf dans une image d'Epinal. C'est pour cela que la formule, d'origine allemande « Etat de droit » (*staatrecht, rule of law* en anglais) est ambiguë : c'est comme si avant « l'Etat de droit », régnait « l'Etat de la force ».

On peut invoquer un autre aspect du DI en faveur de sa nature religieuse : *le DI n'a pas une validité universelle*. Autrement dit, non seulement il ne s'applique pas à la terre entière, mais il ne s'applique même pas aux membres des religions « protégées » qui vivent en terre d'islâm, qui demeurent tant qu'ils le souhaitent sous la juridiction de leurs propres communautés, sauf dans les cas où ils entrent en conflit avec un(e) musulman(e) ou s'ils souhaitent eux-mêmes, librement, se soumettre au DI (par exemple, pour échapper au pouvoir de leur propre communauté). Le fait qu'en cas de litige entre un musulman et un « protégé », c'est le DI qui prévaut et s'applique est une conséquence de la hiérarchisation de la société, que nous évoquions précédemment. C'est pour cela que l'on peut définir le DI comme « non territorial » stricto sensu, car il se rattache aux personnes qui adhèrent à l'islâm, non à celles qui vivent en terre musulmane. Expliquons cet aspect. Dans le droit occidental contemporain, on ne peut se prévaloir de son origine nationale pour refuser de se voir appliqué le droit du pays où l'on réside, sauf conditions prévues par la Loi elle-même (accords entre Etats, notamment). Un musulman, quel que soit sa nationalité, vivant en France ne peut demander qu'on lui applique le DI des personnes. De la même façon, si un Français est jugé en Grande-Bretagne pour un délit, il se verra soumis à la procédure britannique en usage et ne peut

réclamer qu'on lui applique la procédure française. La raison de cette situation est que le droit étatique s'exerce sur un territoire délimité par des frontières, dans le cadre étatique : un Etat n'est souverain que si sa souveraineté s'exerce pleinement sur le territoire national. C'est une des racines du conflit entre l'Eglise et l'Etat, en Angleterre comme en France. L'Eglise romaine prétendait exercer sa souveraineté à côté de l'Etat national sur le même territoire ; par la même, elle empiétait sur la souveraineté de l'Etat. A l'inverse, le DI ne prétend pas exercer une compétence territoriale, mais seulement sur les personnes qui relèvent de l'islâm. Dès lors qu'une personne a adhéré volontairement au credo islamique, elle devient un sujet du DI. Dans les pays majoritairement musulmans, où le DI est partiellement ou totalement intégré dans la législation des Etats nationaux, il n'y a pas de conflits majeurs ; dans les pays qui ne sont pas majoritairement musulmans, plusieurs solutions sont possibles. Ou bien on adopte la solution communautaire, comme c'est le cas du Nigéria ou du Soudan. Ou bien on adopte la solution de la souveraineté étatique, comme c'est le cas des Etats ouest-européens. Cette situation fait qu'un musulman sunnite résidant, même de manière passagère, dans un pays musulman où la législation est plus rigoureuse que dans son pays d'origine, ne peut se prévaloir avec succès de son origine nationale. Par exemple, si un Européen, en principe donc chrétien, se rendait dans un pays musulman et s'il commettait un délit sexuel avec une chrétienne, il ne relevait pas généralement de la justice islamique, mais de la justice de sa communauté. Le fait qu'il soit étranger ne change rien à l'affaire, car ce qui compte, c'est son appartenance confessionnelle. Aujourd'hui, les choses sont un peu différentes car très souvent dans les pays musulmans la loi en vigueur est un mélange des deux registres : droit étatique et DI. Cela fait que le DI, qui a été incorporé souvent dans le droit étatique, peut être appliqué à un non musulman, national ou non.

Il faut reconnaître qu'un autre clivage important a freiné dans le passé l'universalisation du droit : c'est la dichotomie libre-esclave. Il ressort très clairement que le droit, notamment dans le domaine criminel, qui s'applique aux libres ne s'applique pas automatiquement aux esclaves. L'exemple le plus frappant de ce point de vue est le délit d'adultère ou de sexualité pré-nuptiale : dans chacun de ces cas, l'esclave, homme ou femme, n'est tenu qu'à *la moitié* de la peine du libre. Il ne s'agit pas d'une plus grande clémence pour les hommes de

condition servile, mais de la prise en considération du fait que l'esclave est le bien de quelqu'un ; si l'on appliquait le droit pénal dans toute sa rigueur, on pourrait faire du tort sur le plan patrimonial au maître et être tenu pour cette raison de lui restituer une compensation. Cela voudrait dire dans ce cas que la punition de l'esclave coûterait chère à la société et au Trésor public, *bayt al-mâl*.

Il n'y a pas, est-il besoin de le souligner, d'effet de la différence des sexes sur le droit positif toutes choses étant égales par ailleurs : le même droit s'applique aux hommes et aux femmes, notamment dans ce que nous appelons aujourd'hui « le civil ». Il y a un domaine en particulier, où la différence des sexes joue un rôle majeur : c'est le pénal. En effet, les femmes ne peuvent intervenir dans la solidarité ('aqila) qui lie entre eux les membres d'un groupe de parenté. Si l'on se place d'un strict point de vue économique (ce qui serait cependant anachronique), cela protège le patrimoine des femmes. Pour payer le prix du sang, si l'un des membres de la parenté s'est rendu coupable d'homicide, seuls les hommes sont sollicités. Dans un autre domaine, la règle qui s'applique aux femmes est différente de celle qui s'applique aux hommes, comme dans le droit successoral du reste : il s'agit du talion. Le prix de la vie d'une femme est inférieur à celui d'un homme, toutes choses étant égales par ailleurs, comme le prix de la vie d'un enfant est inférieur à celui d'un adulte, ou le prix de la vie d'un esclave par rapport à celui d'un libre, ou encore le prix d'un tributaire à celui d'un musulman. Ici il s'agit moins d'universalité que d'asymétrie.⁷

L'islâm est *une religion de salut individuel* ; on ne peut être sauvé en tant que membre d'un groupe, même si cette idée affleure parfois dans l'islâm primitif, comme en témoignent quelques traditions prophétiques qui font état du pouvoir d'intercession de Muhammad en faveur des membres de sa communauté coupables de fautes graves. Ce privilège a pu paraître arbitraire ou exorbitant aux yeux de certains théologiens rationalistes : si Dieu peut pardonner à un pécheur parce que formellement il était musulman, pourquoi Dieu ne pardonnerait-il pas aux pécheurs appartenant aux autres communautés religieuses ? C'est pour cela que la formulation d'un droit propre à l'islâm est en harmonie avec une théologie rationnelle. On peut même voir dans la formulation

d'un tel droit une forme de « rationalisation » de l'islâm. Le DI fixe ainsi un corpus fini de règles, auxquelles le fidèle doit se conformer.

Cela va des règles de la morale sexuelle (condamnation de la sexualité non hétérosexuelle, de la sexualité pré-nuptiale et extra-matrimoniale, etc.) à la morale économique. On peut donc dire que le DI est religieux dans la mesure où il constitue une voie pour le *salut* après la mort. S'il veut garantir son salut, le fidèle est tenu d'observer scrupuleusement les prescriptions positives et négatives qui sont formulées par le DI. Ainsi on peut comparer la vie du fidèle à un parcours, au cours duquel il est confronté à des situations lui imposant de faire des choix et à l'issue duquel soit il est sauvé soit il est damné. C'est sans doute pour cette raison que le terme *shari'a*, qui signifie « chemin », s'est imposé pour désigner la loi positive : c'est le chemin qui mène au salut. De ce point de vue la *shari'a* est comme une sorte de guide qui lui permet de surmonter les obstacles et difficultés, i.e. de faire toujours le bon choix.

Le DI connaît deux principales divisions : droit positif (*furû'*) et théorie légale (*usûl*) d'une part, droit culturel (*'ibâdât*) et droit des « échanges sociaux » (*mu'âmalât*) d'autre part. La première distinction est tardive, la seconde est plus ancienne et concerne plus directement notre propos. Le droit des *mu'âmalât* recouvre tout ce que dans le monde occidental contemporain on appelle le droit, à savoir le droit des personnes et de la famille, les successions, le droit commercial, le droit pénal de même que le droit de la procédure. Si l'on met de côté une partie du droit pénal, qui concerne ce que l'on appelle *budûd*, i.e. les peines édictées par Dieu, et certains aspects de la procédure (recours au serment, voire au tirage au sort), cette partie du droit islamique ne se distingue pas vraiment de n'importe quel autre droit : il s'agit des obligations qui découlent soit de la parenté, soit du contrat, soit enfin du délit. Toutefois, les *budûd* est la partie du droit pénal qui met en cause trois sujets : la personne accusée, le plaignant et Dieu. Si, par exemple, un homme en blesse un autre, le juge n'aura à statuer sur un tel délit que si la victime porte plainte ; mais celle-ci, ou son représentant, peut s'arranger avec le coupable sans intervention du juge. Si, par contre, un homme en assassine un autre, ou s'il commet un délit sexuel, même si personne ne dépose plainte et si des témoins informent le juge, le ou les coupables seront jugés et condamnés, car ces délits relèvent des *budûd* – ce sont des crimes contre Dieu.

⁷ L'asymétrie en raison du genre est moins systématique que celle en raison de la condition juridique.

Le droit cultuel (*'ibâdât*) met en relation non des humains entre eux mais des humains et la divinité. Les principales matières dans cette partie du droit concernent la pureté rituelle, la prière rituelle, le jeûne, le pèlerinage, l'impôt canonique, le serment, le vœu, l'abattage rituel et les interdits alimentaires. L'unité essentielle de toutes ces matières tient au fait qu'il s'agit des obligations contractées par les fidèles vis-à-vis de Dieu : ils les contractent dès lors qu'ils adhèrent à l'islâm. Cependant, on doit distinguer des actes qui mettent en rapport le fidèle et Dieu (par exemple, la prière ou le jeûne) et des actes qui ne mettent en cause Dieu que troisième partie d'une relation entre deux humains - c'est le cas du serment – ou entre des humains et des animaux – abattage rituel, interdits alimentaires. D'ailleurs le serment intervient dans la procédure, puisqu'il en constitue un élément important. C'est sans doute pour cette raison que le terme *shari'a*, qui signifie « chemin », s'est imposé pour désigner la loi positive : c'est le chemin qui mène au salut. Et c'est de là qu'on en vient à considérer que la *shari'a* s'identifie à l'ordre public : s'en prendre à un élément de la *shari'a* c'est s'en prendre à l'ordre public.

Les liens du DI à la religion ne tiennent pas qu'au contenu, ils sont également formels. Nous pouvons en distinguer quatre : 1° le DI est fondé sur des textes religieux ; 2° il est l'œuvre d'hommes de religion ; 3° il est le produit d'un travail exégétique, qui fait appel à des concepts théologico-politiques ; 4° le champ de la morale⁸ est peu étendu.

Le DI est fondé principalement sur deux textes : le Coran et la Sunna. Cette dernière, qui désigne un « idéal du moi »,⁹ repose principalement sur le hadith (au sens large), à savoir l'ensemble du corpus ayant trait à Muhammad et partiellement ses Compagnons les plus éminents. On peut dire que dans le DI, Coran et Sunna constituent un seul ensemble, dans la mesure où chacun des textes éclaire l'autre ou est éclairé par lui. C'est pour cette raison que les oulémas tiennent que la loi islamique est d'origine divine et révélée. Le DI comprend une théorie de l'exégèse du Coran, qui a trait principalement

mais pas seulement au problème des contradictions entre versets. Cette même théorie précise le statut des textes de la Sunna au regard du Coran. En vérité celle-ci a un rôle sans doute bien plus déterminant puisqu'on lui attribue la fonction insigne de rendre manifestes (*bayân*) les sens que recouvrent les versets coraniques. Ainsi l'opposition chrétienne entre la lettre et l'esprit doit être évitée absolument : il est par conséquent faux de parler comme on le fait parfois de « littéralisme » à propos des juristes musulmans. C'est vrai que le travail exégétique s'enracine, dans tous les cas, dans la Lettre, mais en recourant à la Tradition et aux usages linguistiques. Prenons un exemple : que signifie le mot *nikâh* dans le verset 4, 22 ? Selon des juristes, il désigne le mariage, même non consommé, selon d'autres, il désigne toute union sexuelle, y compris avec une esclave ou même avec une étrangère. Même les mystiques sont littéralistes en islâm ! C'est le cas par exemple d'Ibn 'Arabî (voir à ce sujet M. Chodkiewicz).

Si les textes révélés constituent la base du DI, celui-ci est tout de même l'œuvre avant tout des juristes. Car si les textes de la Sunna, en particulier, traitent de nombreux cas, les nouveaux cas ne peuvent être traités que par les spécialistes de ces matières, i.e. les juristes. C'est pour cela qu'il n'est faux de soutenir qu'au cœur du DI, il y a la *doctrine* formulée par les juristes dans leur enseignement ou dans leurs écrits. C'est là que l'on peut cerner une des différences majeures avec la tradition juridique occidentale. Dans la tradition occidentale, le droit émane de l'Etat, les différents organes de l'Etat se chargeant de le mettre en application ou de le faire respecter (Administration, Police, Justice). Dans le cadre islamique, le droit émane des juristes, qui sont les détenteurs de l'autorité légitime et les gardiens de la *shari'a*. Ils ne sont pas nommés par les titulaires du pouvoir (califes, sultan, émirs) mais sont cooptés par leurs pairs. Ce ne sont pas eux qui dépendent des hommes de pouvoir mais ces derniers qui dépendent d'eux : un émir, qui s'empare du pouvoir par la ruse, l'intrigue ou la violence, a besoin de l'assentiment des oulémas pour voir son pouvoir sinon légitimé du moins accepté par les populations. Dans certaines situations de prise du pouvoir, les oulémas fuient et entrent dans la clandestinité pour ne pas adouber (*bay'a*) par la force les nouveaux potentats. C'est pour cette raison également que les potentats, malgré leur brutalité et souvent leur irrégion, se gardent la plupart du temps de s'en prendre aux oulémas. Pour juger et condamner

8 On entend ici par morale les actes qui, quand ils ne sont pas conformes à la morale admise, ne sont pas sanctionnés par les pouvoirs en place (par exemple, ne pas tenir sa parole entre amis ou mentir à ses enfants, etc.).

9 Voir J. Laplanche et J.B. Pontalis, *Vocabulaire de psychanalyse*, PUF, 1981 [1967], 184-186. Selon le propos des auteurs, il « constitue un modèle auquel le sujet cherche à se conformer » (p. 184).

le grand soufi al-Hallâj, il a fallu réunir un tribunal constitué par des oulémas, de simples juges n'auraient pas eu de légitimité. Ce sont également ses pairs qui ont jugé Ibn Taymiyya.¹⁰ On doit distinguer le juriste et le juge : ce dernier n'est qu'un exécutant, quand il n'est pas lui-même un juriste *mujtahid*, i.e. capable de traiter les nouveaux cas. Nommé par les détenteurs du pouvoir, qui sont en place en vertu de la force (le pouvoir s'obtient grâce au recours à la force, soit par la conquête, soit par une révolution de palais), le juge doit appliquer en principe un droit élaboré par les juristes. A une époque très ancienne, les Califes ne nommaient pas juges des personnalités compétentes en matière légale ; il est arrivé que des juges soient totalement ignorants dans ce domaine. Les Abbâsides sont les premiers à avoir pris l'habitude de nommer des juristes, parmi lesquels beaucoup d'élèves d'Abû Hanîfa, qui, lui, selon une tradition, aurait refusé l'office de juge.¹¹ Il n'y avait pas alors d'écoles personnelles (identifiées par un ancêtre éponyme) et les juristes disposaient d'une très grande liberté d'appréciation. Beaucoup d'entre eux étaient des adversaires d'Abû Hanîfa. Après l'avènement des différentes écoles, les Califes ont pris l'habitude de recruter les juges, selon leur bon gré, là où ils voulaient. Beaucoup plus tard, on fixa la doctrine qui veut que l'on doit nommer dans les grandes métropoles un juge relevant de chacune des écoles reconnues (en principe 4). Plus tard, sous les Ottomans, on étendit ce système aux muftis. La figure du juriste depuis tendit à se confondre avec celle du mufti, seul juriste apte à traiter les cas nouveaux.

2. DROIT ET JUSTICE.

On a l'habitude d'associer droit et justice. Ce n'est pas faux mais n'est exact qu'en partie. Le contrat de droit privé crée du droit sans qu'il y ait intervention du juge ; ce dernier n'intervient qu'en cas de litige, ou de refus d'une partie de remplir ses obligations (par exemple, j'achète une voiture à une société, qui refuse de me la livrer, ou qui me livre une voiture en mauvais

état, etc.). Mais dans la mesure où il y a dans la vie une place pour le malentendu, le quiproquo, la divergence d'interprétation, des conflits, etc., très souvent c'est au juge qu'il revient de statuer. C'est pour cela que l'on peut avoir tendance à associer droit et justice. Même si le juge constitue une figure importante du monde juridique occidental (on parle même ces dernières années de « judiciarisation »), il n'est au mieux qu'un interprète de la Loi, au pire un exécutant ; mais lui-même n'est pas à l'origine de la Loi. En France, et de manière générale dans ce que l'on a l'habitude d'appeler l'Occident, la Loi est l'œuvre de celui qu'on appelle le Législateur même si l'on a pris l'habitude, en France comme aux EU, de désigner une loi par celui qui en pris l'initiative ou qui a déposé devant le Parlement le projet. Il s'agit bien évidemment d'une fiction institutionnelle. Le Législateur est une manière métaphorique de désigner le Parlement. Pour autant, vous le savez, tant qu'une loi n'est pas édictée par le pouvoir exécutif, elle n'a pas de réalité. Le pouvoir législatif, comme on dit habituellement, est ainsi distingué du pouvoir exécutif pour des raisons d'équilibre institutionnel, mais cette distinction ne doit pas cacher que les deux pouvoirs, de même d'ailleurs que le troisième pouvoir – celui des juges – ne sont que des organes de l'Etat. C'est pour cela que dans l'Etat moderne, seul l'Etat est le législateur réel. D'ailleurs, la distinction des pouvoirs cache mal que la plupart des lois sont prises à l'initiative du pouvoir exécutif qui s'accorde avec le pouvoir législatif, les deux pouvoirs étant l'expression, dans les démocraties représentatives, du suffrage universel. Dans le cas français, cela est patent depuis l'émergence de la monarchie au Moyen Age : jusqu'à 1789, les lois étaient édictées par le monarque, après la Révolution et sauf période d'interrègne comme l'Empire, les lois sont votées par le parlement et édictées pour le détenteur du pouvoir exécutif (monarque, président). Dans ce cas, les juges ont un rôle bien modeste : ils appliquent les lois que d'autres élaborent et décident. Le seul domaine où ils interviennent c'est celui de l'interprétation et qui peut donner matière à jurisprudence.

Dans le système de DI, les juges doivent être distingués des juristes. Le DI est un droit de juristes : c'est sans doute le trait distinctif essentiel de ce droit, parmi les systèmes juridiques dans le monde. Cela l'oppose notamment à la tradition occidentale, dans laquelle l'Etat joue le rôle déterminant : en effet dans le monde occidental moderne, c'est surtout l'Etat

¹⁰ D'où le caractère exceptionnel de l'exécution par Nasser en 1966 de Sayyid Qutb un membre influent des Frères musulmans.

¹¹ Mais la tradition est sans doute apocryphe, car il s'agit d'une croyance bien établie parmi les ahl al-hadith, selon laquelle, un docteur de la Loi doit refuser d'occuper la fonction de juge. Il existe à ce sujet plusieurs anecdotes. Abû Hanîfa n'appartenait pas aux ahl al-hadith : pouvait-il dès lors adhérer à leur « idéologie » ?

qui est à l'origine du droit, en particulier des lois, qui définissent l'ordre juridique dans lequel chacun évolue. Les différences entre les ordres juridiques étatiques ne remettent pas en cause cette unité fondamentale. De ce point de vue, le DI ressemble à ce qu'en France on appelle « la doctrine », qui est l'œuvre des professeurs de droit : cependant alors que la doctrine n'a point d'autorité, en D I, la doctrine prime sur l'activité des juges, voire même elle s'identifie au droit proprement dit. Le DI est de ce point de vue proche, en partie, du droit romain, qui était lui aussi fondé sur l'activité de juristes privés. Cependant dans le système romain, les doctrines des juristes avaient besoin du concours de l'Empereur pour être élevées en position d'autorité ; les juristes musulmans exercent un pouvoir en vertu même de leur position dans la société. Un autre trait important les distingue des juristes romains : ils sont en même temps des hommes de religion. Ce dernier trait les rapproche des rabbins. D'ailleurs le système dont le DI est sans doute le plus proche est le droit rabbinique.

Le fait que le DI soit un droit de juristes a un certain nombre de conséquences importantes, qui lui confèrent sa singularité. Dans la mesure où il s'agit d'un droit de juristes, il est automatiquement un droit *savant*, qui se transmet dans le cadre d'un *enseignement*. Ce qui suppose des lieux pour l'enseigner, une organisation ainsi qu'un financement. Dès la constitution du DI, vont apparaître les madrasa dans les grandes régions du monde islamique, financées soit par des mécènes, qui sont souvent les hommes de pouvoir du moment, qui veulent s'assurer le soutien ou la neutralité bienveillante des hommes de religion, ainsi qu'une garantie pour l'au-delà, soit par des *amqāf*, « fondations pieuses ». Pendant longtemps, les oulémas devaient exercer une activité économique propre afin de subvenir à leurs besoins et à celle de leur famille : cela apparaît notamment dans les noms de relation dont on les affublés parfois.

Une autre conséquence importante est que le DI ne peut évoluer ou progresser que grâce à l'intervention directe des juristes. Les hommes de pouvoir n'y peuvent absolument rien. C'est la fameuse question de l'*ijtihād* et du *taqlīd*.

Une troisième conséquence est que le DI recouvre diverses interprétations. C'est pour cette raison que la *shari'a* prend des visages diversifiés. Elle est une mais

a plusieurs versions. C'est la question de ce qui a été théorisé comme *ikhtilāf*, qui est une des branches les plus importantes du *fiqh*. On s'est efforcé tout de même de poser des limites à la liberté de l'interprétation en mettant en place quatre écoles juridiques au sein du sunnisme ainsi que grâce à la théorie légale. Malgré tout, cette limitation n'a pu entièrement supprimer toute possibilité de contestation de l'ordre juridique établi : n'importe quel juriste, pourvu que sa compétence soit reconnue par ses pairs, peut formuler une doctrine dissidente. C'était le cas par exemple d'Ibn Taymiyya. Toutes proportions gardées, c'est le cas aujourd'hui d'Usâma b. Ladin.

3. LES SOURCES DU DI.

Les sources matérielles du DI sont le Coran et la Tradition. Le DI ignore le concept de droit naturel, mais le recours au raisonnement occupe une place plus importante qu'on ne le croit. De nombreux concepts qui jouent un rôle dans la théorie légale sont du type rationnel :

- le raisonnement par analogie (*qiyâs*), selon lequel pour traiter un cas nouveau on doit le rapporter à un ancien cas connu, en mettant l'accent sur la *ratio legis*, *'illa*, d'une règle, c'est-à-dire la raison d'être d'une loi (on peut citer l'exemple des boissons alcoolisées inconnues du Coran mais qui sont prohibées) ;

- le principe de continuité (*istishâb*), selon lequel tant qu'un usage ou une règle n'entre pas en contradiction avec la DI, il ne doit pas être remis en cause alors même qu'il est étranger au DI ;

- le principe de la *maslaha*, qui doit être entendu à la fois comme l'intérêt légitime du sujet de droit (par exemple, il est de l'intérêt d'un individu de défendre sa vie) et l'intérêt général, sachant que les intérêts de l'individu et de la collectivité sont complémentaires ;

- le principe de l'*istisbân* selon lequel entre deux solutions, on doit préférer celle qui est la plus avantageuse (on peut donner l'exemple de l'enfant dont la paternité est revendiquée par un libre et un esclave, ou un musulman et un non musulman).

4. CONCLUSION.

La tradition juridique islamique est d'une très grande originalité. C'est pour cela qu'il est vain, pour ne pas dire dangereux, de la rapporter à la tradition occidentale moderne et de la considérer à travers les catégories de

celles-ci prises comme universelles. Nous avons essayé d'en esquisser certains aspects caractéristiques, mais il faudrait bien sûr plus de développements pour tenter de la cerner plus systématiquement. Ce qui est sans doute au cœur de cette tradition, c'est l'idée d'interprétation du juriste-théologien.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Islamic Shari'a Law, History and
Modernity: Some Reflections**

**Direito Islâmico da Shari'a,
História e Modernidade:
Algumas Reflexões**

Suleiman A. Mourad

Islamic Shari'a Law, History and Modernity: Some Reflections*

Direito Islâmico da Shari'a, História e Modernidade: Algumas Reflexões

Suleiman A. Mourad **

ABSTRACT

In the last two centuries, Muslim modernists have introduced major legal reforms that led to the restriction of the range and scope of Islamic Shari'a Law and the overhaul of legal thought and practice in the Muslim World. Nevertheless, every time a new legal reform is proposed, it is met with outcries from Islamists who label it un-Islamic and blasphemy against God. This paper examines some major premodern scholars of Islamic jurisprudence whose thought and practice about Shari'a Law featured tremendous flexibility in the way they understood their role as legislators and accepted a diversity of rules. The paper shows how important Islamic history is for a proper understanding of Islamic Shari'a Law, which accommodates change and constant interpretation.

Keywords: Islamic Shari'a Law, Muslims and Modernity, Islamic Legal Reforms

RESUMO

Nos últimos dois séculos, os modernistas muçulmanos introduziram reformas legais importantes que levaram à restrição do alcance e do escopo do Direito islâmico da Shari'a e à revisão do pensamento e da prática legais no mundo muçulmano. No entanto, toda vez que uma nova reforma legal é proposta, ela é recebida com protestos de islamistas que a rotulam como anti-islâmica e blasfêmia contra Deus. Este artigo examina alguns importantes estudiosos pré-modernos da jurisprudência islâmica, cujo pensamento e cuja prática sobre o Direito da Shari'a apresentavam uma tremenda flexibilidade na maneira como eles entendiam seu papel como legisladores e aceitavam uma diversidade de regras. O artigo mostra como a história islâmica é importante para uma compreensão adequada da Shari'a, que acomoda a mudança e a interpretação constante.

Palavras-Chave: Direito Islâmico da Shari'a, Muçulmanos e modernidade, Reforma legal islâmica

* Guest author / Editor Convidado

** (Ph.D., Yale University), (Professor of Religion, Smith College, USA, & Associate Fellow, Nantes Institute for Advanced Study, France). E-mail: smourad@smith.edu

1. INTRODUCTION

In a speech on the National Women's Day on 13 August 2018, the Tunisian President Mohamed Beji Caid Essebsi endorsed the Colibe report (issued by the Commission of Individual Liberties and Equality on 1 June 2018¹) and announced that he will submit a request to Parliament to amend the law of inheritance, giving women and men equal rights. Essebsi's announcement was met with angry reactions from many Tunisian Islamists who alleged that it contradicts the terms of Islamic Shari'a law, which assigns to men a higher share of inheritance than to women. Al-Azhar, the most influential religious institution in Sunni Islam and based in Egypt, joined the fray. It issued a declaration that labeled the proposal un-Islamic because it violates the clear stipulation of God's revelation, specifically verse 11 of chapter 4 in the Qur'an: "God commands you that a son should have the equivalent share of two daughters."

The objection of Tunisian Islamists, al-Azhar, and other Islamist groups is grounded in a highly contentious belief that Muslims (and humans in general) have no authority or agency to amend what God has clearly and definitively stipulated in the Qur'an. It might sound astonishing to many today that this view is not in agreement with the position of most premodern Muslim jurists who had a fundamental role in defining and laying out the theoretical and practical apparatus of Islamic Shari'a law. It is also not in agreement with the general tendency of these same groups who have supported major overhaul and modification of Shari'a law in recent decades. This paper will examine some discussions by leading legal jurists from premodern times in order to show the flexibility with which they dealt with issues pertaining to Shari'a and what role they gave to the legal injunctions of the Qur'an. It highlights the importance of history in understanding the dynamics of Islamic Shari'a law, and exposes the manipulation of religion done today by some Islamist groups, whose rejection of certain initiatives to amend Shari'a law is politically motivated.

1 The reports was issued in three languages: Arabic (<https://colibe.org/ريقرتلا/?lang=ar>), French (<https://colibe.org/le-rapport/>), and English (<https://colibe.org/report/?lang=en>).

2. THE HISTORICAL RECORD

The historical record demonstrates that the overwhelming majority of Muslim jurists throughout the centuries did not take the word of the Qur'an literally as something absolute, and sometimes ruled on matters without first examining the Qur'an.² When they took notice of what the Qur'an stipulates, they either freely amended the text by playing it against other revealed sources (other Qur'anic verses, Sunna of Muhammad, Bible, etc.) or ignored it and heeded the views of the founding fathers (mainly, the Companions of Muhammad and their successors). They even devised hermeneutical tools in order to make the Qur'an say something different from the literal meaning.

An example that displays this tendency on the part of premodern Muslim jurists is the following from a very influential legal text by Ibn Tahir al-Baghdadi (d. 1037), who was a significant Sunni legal theorist and belonged to the Sunni sub-school known as the Shafi'i school.³ In his discussion of the permissibility of seafood, al-Baghdadi noted not only the broad disagreement among schools but also the one within his own:

The followers of al-Shafi'i disagree concerning aquatic animals. Some claim that fish are permissible but that frogs are forbidden. Others say that if the animal is in the form of a fish or of an animal ritually slaughtered in good faith then the eating of it is permitted if it comes from the sea without being ritually slaughtered; however, if it is of a form of something which is not permitted to be eaten in good faith, then one is forbidden to eat it. This is the judgement of Abu Thawr.

Others say that everything from the sea is to be judged by the law of fish except the frog which is forbidden because the Prophet forbade killing it. This is the judgement of 'Ali ibn Khayran.

Malik and Rabi'a declare all aquatic animals allowable, even the tortoise and the like. This is suggested by a report from Abu Bakr who said: "There is nothing in the sea besides animals which

2 For a new pioneering study on early Islamic legal thought, see Lena Salaymeh, *The Beginnings of Islamic Law: Late Antique Islamic Legal Traditions* (Cambridge: Cambridge University Press, 2016).

3 Sunni Islam is branched into several schools, of which only five exist today: Hanafi, Maliki, Shafi'i, Hanbali and Zahiri. Each of these schools has its own Shari'a system, and they disagree on some fundamental aspects of legal theory and practice. As a result of modern legal reforms and the creation of nation states, most Sunnis today are not aware of this diversity, and the realm of each school, except in two countries (Saudi Arabia and Iran), has been reduced to a very small area: family law, marriage, inheritance, religious rituals, and the like.

God would slaughter for you.”

Abu Hanifa forbids everything which does not have the form of a fish among the aquatic animals.⁴

Even though the discussion is about practice (what seafood is legitimate to eat and what is not), it actually exposes the complexity of legal theory in the first centuries of Islam, which left its mark on the nature of Islamic Shari'a law since. It is rather astonishing that the Qur'an – which actually provides a statement on this issue: “Licit for you is the game of the sea and its food” (Q. 5:96) – is not cited or even mentioned. Al-Baghdadi gave four differing views as reflective of what was accepted among Sunni jurists. One view references the prophet Muhammad, who only forbade eating the frog (probably on account of it being amphibious, meaning it belongs to two realms). Another view cites the opinion of the first caliph Abu Bakr, who allowed everything in the sea.⁵ A third view is attributed to a leading jurist from the ninth century named Abu Thawr (d. 854) who only legitimized the eating of seafood that looks like fish or is similar in shape to land animals that are edible. A fourth view is ascribed to Abu Hanifa (d. 767) – the eponym of the most popular school of Sunnism (the Hanafi school) – who declared that for seafood to be edible it must be in the form of a fish (which is very likely based on Jewish law, specifically Leviticus 11:9).

The discussion effectively means that medieval Sunni jurists placed on the same par the practice (Sunna) of the prophet Muhammad, the view of caliph Abu Bakr, and the views of jurists Abu Hanifa and Abu Thawr. Al-Baghdadi did not say that Muslims must look into the Qur'an and follow verbatim what it says, which would have disallowed the views expressed by prophet Muhammad, Abu Hanifa, and Abu Thawr.

It is also interesting to point that al-Baghdadi's discussion underlines the two aspects of law: the dynamic and the static. The opinions of Muhammad, Abu Bakr, Abu Hanifa, and Abu Thawr were expressed as part of the dynamic process of law making. Over time, they became static laws.

A second example comes from another powerful

4 Al-Baghdadi, *Usul al-din*, translated in Andrew Rippin and Jan Knappert, *Textual Sources for the Study of Islam* (Chicago: Chicago University Press, 1990), 106.

5 It is unclear if Abu Bakr based his view on Qur'an 5:96. It seems rather obvious that al-Baghdadi did not make a connection between the two and assumed that Abu Bakr's view reflected his personal opinion.

legal manual by the jurist Ibn Qudama (d. 1223), who was a renowned theorist of the Hanbali school of Sunni law. In his discussion of the maximum duration of a pregnancy, Ibn Qudama admitted that there is no agreement among Sunnis on this question, and he listed the different views about it, which range from two years to no limit.

- 2 years: 'A'isha⁶ (d. 678), Abu Hanifa⁷ (d. 767), Sufyan al-Thawri (d. 778), and Ibn Hanbal⁸ (d. 855).
- 3 years: Al-Layth b. Sa'd (d. 791)
- 4 years: the overwhelming view of the Hanbalis, al-Shafi'i⁹ (d. 820), the popular view of Malik¹⁰ (d. 795).
- 5 years: 'Abbad b. al-'Awwam (d. 804).
- 6 years: al-Zuhri (d. 741).
- 7 years: another view attributed to al-Zuhri.
- No limit: Abu 'Ubayd (d. 838).¹¹

As the above list shows, medieval Muslim jurists did not have a uniform position about the maximum duration of a pregnancy. We find this disagreement not only between leading jurists, but also within the same schools. We also find missing in this discussion the view of the Qur'an, which actually addresses the issue of pregnancy in the verse that says: “its bearing and weaning are thirty months” (Q. 46:15). Thus, according to the Qur'an, it takes thirty months to conceive of and nurse an infant. Although the text does not specify the exact length of each stage, it is rather evident that if the two stages cannot exceed two and a half years,¹² then the pregnancy itself must be less than that. (Interestingly, the view of al-Azhar has been consistent with the list above rather than with the explicit text of the Qur'an).¹³

How come we find premodern Muslim jurists and schools of Shari'a disagreed with the Qur'an? The direct

6 Wife of Muhammad, she was a major transmitter of hadiths and her statements feature in many discussions about Islamic law.

7 Major early jurist who is the eponym of the Hanafi school.

8 Major early jurist who is the eponym of the Hanbali school.

9 Major early jurist who is the eponym of the Shafi'i school.

10 Major early jurist who is the eponym of the Maliki school.

11 Ibn Qudama, *al-Mughni* (Cairo: Maktabat al-Qahira, 1968), 8:121–122.

12 If the Qur'an actually means 30 lunar months, then the entire period would be equivalent to 2 years and 5 months in the common calendar.

13 See for example the position expressed by the vice president of the Azhar University: <<https://www.youtube.com/watch?v=6IV4JRdes0A>> (accessed on 3 February 2019).

answer is that the Qur'an was not the starting point or the absolute authoritative text when it came to Islamic legal theory and practice. We thus realize how flawed it is to classify the Qur'an as the starting point of Islamic law (and Islamic thought in general) as some modern scholars have argued.¹⁴ Moreover, in this discussion of the maximum length of a pregnancy, we also see the dynamic aspect of Islamic law in its formative phase (the conversations and differing views of early jurists), which became later on the static legal framework by which many jurists abided.

The dynamism and diversity of classical Islamic legal theory and practice was informed by a fundamental presupposition that essentially delegated to the jurist the task to "poking" in God's mind and determine what God intended. This is best expressed in the following words of one of the most authoritative Sunni theologian/jurist, Abu Hamid al-Ghazali (d. 1111). They convey the general attitude of many jurists when it came to determining Shari'a law. Al-Ghazali listed four pivots that represent a road map for the jurist, and inform the principles of Islamic law and how to deduce laws from the sources:

1. The first pivot is the fruit, which refers to the rules themselves: mandatory, prohibitive, suggestive, restrictive, permissive, reprehensible, etc.
2. The second pivot is the fruit-bearer, which refers to the three sources: the Book, the Sunna, and Consensus and nothing else.
3. The third pivot is the method of harvesting, which refers to the methods of inquiry: according to the explicit meaning, implicit meaning, pervasive use, or rational and deductive analysis.
4. The fourth pivot is the harvester, who is the seeker.¹⁵

It is clear that for al-Ghazali, deducing laws from the fundamental sources is not a passive process. Rather it hinges on the seeking jurist following a sophisticated method of inquiry. The jurist must carefully examine

the language (laid out in no. 3) in order to produce from the sources (the Qur'an, the Sunna of Muhammad and the Consensus of early jurists) the different types of rules (enumerated in no. 1) and thus define Shari'a law. As such, the sources do not speak for themselves. They need the jurist to say what they mean according to a set of hermeneutical tools, which, for all intents and purposes, become as important as the sources themselves.

Al-Ghazali's view is one of many variant views on the sources and tools that form the bases of the principles of Islamic Shari'a law. And it is true that Muslim jurists never agreed on these sources/tools and their ranking. However, their disagreement is often over who is entrusted to be a seeker, and whether this is something divinely ordained to a specific lineage or attained by any Muslim through study and expertise. For instance, Shi'i jurists take the Imam (often nicknamed the Speaking Qur'an)¹⁶ as God's delegate to be the absolute source on legal and religious matters; it is no surprise that adherence to the Imam and his teachings is the main tenet of Shi'ism. Jurist al-Qadi al-Nu'man (d. 974) best expressed this premise:

God revealed His Book, gathered together in it all the religious obligations that he imposed on the worshipers, clarified in it that which He saw fit to clarify, and left ambiguous in it that which He saw fit to leave ambiguous. He did this in order to compel the worshipers thereby to need those whom He made superior to them and obedience to whom He imposed as an obligation of the faith, and in order to guide them to the Imams. He taught the Imams exclusively knowledge of the religion, and caused the believers to need the Imams in that regard.¹⁷

Thus, according to al-Qadi al-Nu'man, the Imams, and only them, can speak on behalf of God and clarify to their followers God's laws which he communicated in the Qur'an, the clear therein and the hidden. It follows, therefore, that the believers should not seek on their own the Qur'an directly because doing so will lead them to error.

Besides, Shari'a has other principles that govern the thinking process of the jurists. They fit under the broad

¹⁴ See, for example, Wael B. Hallaq, *A History of Islamic Legal Theories: An Introduction to Sunni Usul al-Fiqh* (Cambridge: Cambridge University Press, 1997), 1.

¹⁵ Al-Ghazali, *al-Mustasfa*, ed. Muhammad al-Shafi (Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiyya, 1993), 7.

¹⁶ On the Imam as the speaking Qur'an, see Muhammad Ali Amir-Moezzi, *The Silent Qur'an & the Speaking Qur'an: Scriptural Sources of Islam between History and Fervor*, trans. Eric Ormsby (New York: Columbia University Press, 2016).

¹⁷ Al-Qadi al-Nu'man, *Disagreements of the Jurists: A Manual of Islamic Legal Theory*, ed. and trans. Devin J. Stewart (New York: New York University Press, 2015), 45.

concept of what some modern jurists call *Maqasid al-Shari'a* (Objectives of Shari'a).¹⁸ Three are significant: *istihsan* (subjective reasoning), *maslaha* (public welfare), and *darura* (dire necessity). The Objectives of Shari'a take their logic from the belief that Shari'a has a purpose, and this purpose is to benefit those who believe in God.¹⁹ So, the rules of Shari'a are simply the means to achieve this aim and what God truly intended.

This is best summed up in the following words of the famous Tunisian jurist Ibn 'Ashur (d. 1973), which bring to mind the view of al-Ghazzali discussed above:

In instituting the commands, the Lawgiver has primary and secondary objectives. Some of these are explicitly stated, some merely alluded to, while others are to be inferred from the texts. We therefore conclude from this that whatever is not clearly stated but can be arrived at from induction, is intended by the Lawgiver.²⁰

The words of Ibn 'Ashur, like those examined previously, point to the realization among most Muslim jurists about the complexity of defining Shari'a law, and the important role of the jurists in determining, on behalf of God, God's intent. Therefore, the jurist must always subject the textual sources to a rigorous process of examination and inquiry in order to make sure that what is intended by the Lawgiver is made known.

3. MODERNITY AND ISLAMIC LAW

The advent of modernity in the nineteenth century caused a major change in the attitudes of Muslims towards Shari'a law and its realm and legal apparatus. I precisely mean here the adoption of a new legal system in every Muslim country based on a modern constitution that in some cases superseded Shari'a, limited Shari'a to a specific realm, or functioned in parallel to Shari'a. Muslim reformers realized that political reform (which they saw as the fundamental step towards the political empowerment of the Muslim World against European

hegemony) could not be achieved unless the Shari'a is heavily reformed and reduced to a small realm (primarily marriage contracts, inheritance, religious rituals, and the like).

Modernists have argued that the true teachings of Islam and the voice of the Qur'an show that God delegated the legislative matters to the Muslims to decide them. For instance, in his *Proposed Political, Legal, and Social Reforms*, the Indian modernist Cheragh Ali (d. 1895) declared that "the only law of Mohammad or Islam is the Korán."²¹ Then he contended that, "the Korán does not profess to teach a social and political law" and that "it was neither the object of the Korán, the Mohammadan Revealed Law, to give particular and detailed instructions in the Civil Law, nor to lay down general principles of jurisprudence."²² He concluded by saying that the Islamic tradition "unfeters us" from traditional Shari'a, and "encourages us to base all legislation on the living needs of the present, and not on the fossilized ideas of the past."²³

Similarly, the great religious reformist Muhammad 'Abduh (d. 1908) of Egypt divided Islam into two components: 1) beliefs and religious practices, and 2) social relations. He posited that beliefs and religious practices are regulated by God and Muhammad, and the Muslims (be they individually or communally) cannot change these rules. Social relations, however, are to be determined by the Muslims themselves because civil law has to conform to the ever-changing conditions of the Muslims.²⁴ 'Abduh also introduced the very powerful concept of *talfiq* (hybridization) in order to allow the jurist to bypass the limitations of his own school and reach outside of it to another school if its Shari'a is more appropriate for particular purposes.²⁵ The success of 'Abduh's hybridization system is so widespread among Sunnis that the majority do not uphold anymore to the strict school system (most Sunnis today might not even know to which school of Sunni law they belong, or are

18 On the notion of "Objectives of Shari'a, see the studies in Adis Duderija (ed.), *Maqasid al-Shari'a and Contemporary Reformist Muslim Thought: An Examination* (New York: Palgrave, 2014).

19 On the premodern debate regarding whether there is such a purpose, see Rami Koujah, "Divine Purposiveness and its Implications in Legal Theory: The Interplay of *Kalam* and *Usul al-Fiqh*," *Islamic Law and Society* 24 (2016): 171–210.

20 Muhammad al-Tahir Ibn 'Ashur, *Maqasid al-shari'a al-islamiyya* (Beirut: Dar al-Kitab al-Lubnani, 2011), 20.

21 Cheragh Ali, *The Proposed Political, Legal, and Social Reforms in Ottoman Empire and Other Mohammadan States* (Bombay: Education Society's Press, 1883), ii.

22 Ali, *The Proposed Political, Legal, and Social Reforms*, xiv.

23 Ali, *The Proposed Political, Legal, and Social Reforms*, xl.

24 Muhammad 'Abduh, "ikhtilaf al-qawanin bi-ikhtilaf ahwal al-umam," in *al-'amal al-Kamila*, ed. Muhammad 'Imara (Beirut: al-Mu'assasa al-'Arabiyya li-l-Dirasat wa-l-Nashr, 1972).

25 On the notion of "hybridization," see Mohammad Hashim Kamali, "Shari'ah and Civil Law: Towards a Methodology of Harmonization," *Islamic Law and Society* 14.3 (2007): 391–420.

not aware that there is not one single Shari'a in Islam).

Modern Muslim jurists have generally accepted the logic that changing conditions necessitate changing Shari'a laws. I will discuss two examples that illustrate this tendency. They relate to two components of the pilgrimage (Hajj) rituals: one is the quota placed on the number of Muslims who could make the Hajj each year, and the other is the restriction on animal sacrifice that each pilgrim is mandated to offer at the conclusion of the pilgrimage. Both of these measures amend prior laws set by all classical schools of Shari'a.

According to the Qur'an (verse 3: 97), "Pilgrimage to the House (Ka'ba) is a duty owed to God by people who are able to undertake it." Jurists have understood it to mean that those who do not have the financial means or good health are exempted from this religious requirement. But as a result of the massive increase in the number of pilgrims coming to Mecca in the 1970s and 1980s, the Kingdom of Saudi Arabia requested that Muslim jurists support a rule to limit the number of Muslims who could make the pilgrimage each year because the venues cannot accommodate everyone who wants to come. The decision was to set a yearly quota per country: one in every thousand Muslims can make the pilgrimage in any given year, and this was ratified by the Organization of Islamic Cooperation (OIC) in its meeting held in Jordan in March 1988.

A similar petition by the King of Saudi Arabia was submitted to the Supreme Council of Senior Religious Scholars in Saudi Arabia to impose a limit on the number of Muslims inside the Kingdom. It was discussed and approved by the Council on 1 August 1997. The fatwa that the Council issued gives the following rationale for placing a limit on the number of pilgrims:

The Council discussed the reality of the matter with respect to the Hajj and what the pilgrims experience in terms of excessive congestion at many of the ritual sites, roads, and places, which is caused by the surge in the numbers of pilgrims in the last few years. This is happening despite the efforts that the government of Saudi Arabia – may God make it successful – has undertaken in order to ease the access to ritual sites and the continuous measures it is adopting every year to facilitate to the Muslims the performance of the Hajj. ... As such, the Council of Senior Religious Scholars does not see any reason to prevent a policy that organizes the Saudi pilgrims, including that, as long as dire necessity requires it, the government not permit who performs the Hajj to repeat it unless five years have lapsed, as is the case with non-citizens who

reside in the Kingdom.²⁶

It is clear from the text quoted above that what necessitates amending Shari'a law and imposing a restriction on the number of pilgrims is the issue of congestion that is harmful to pilgrims. Thus, the principle of dire necessity allows the jurist to amend Shari'a law.

The second case also relates imposing restrictions for reasons that have to do with problems caused by the changing circumstances. Classical schools of Shari'a unanimously stipulated that at the conclusion of the Hajj rituals, each pilgrim must offer an animal sacrifice and administer it in person, or at least be present during the slaughter. Due to the massive number of pilgrims converging on Mecca, the practice has become a sanitary and organizational nightmare. Jurists could not ban the practice outright because it was well entrenched in religious law. Instead, they issued a restriction in the form of an encouragement to pilgrims to delegate this ritual to an organization that would do the sacrifice on behalf of the pilgrim, provided it meets certain requirements. Instead of offering a sacrifice, pilgrims are now "encouraged" to purchase a certificate stating they have fulfilled the obligatory ritual of sacrifice. Below is a legal fatwa issued in 2010 by the former mufti of Jordan Nuh Ali Salman, which allows the pilgrims to delegate a company to do the sacrifice on their behalf:

It is permissible to delegate the purchase and slaughter of sacrificial animals to others. Thus, it is not prohibited according to Shari'a for the Muslim to delegate this to a trustworthy company. He pays to it the cost of the sacrificial animal, and the company purchases and slaughters the animal, even if it takes place in a country outside the Kingdom of Saudi Arabia, because elsewhere the animals are cheaper. But there are a few conditions that must be observed:

- The slaughter must occur on the day of the Adha Holiday or the three days that follow it.
- The sacrificial animal should not be younger than five years for camels, two years for cattle or goats, six months for sheep provided they are fattened.
- The sacrificed animals must contain no blemishes or disabilities that compromise their shape; for example, it is not permissible to sacrifice an animal that has lost an eye.

²⁶ The fatwa is posted on <<http://almoslim.net/node/217782>> (accessed 3 February 2019).

- Some of the meat must be distributed to poor Muslims.
- If the company is delegated to slaughter for many people, the butchers must have a list of the names of delegators, and should mention each one ahead of the slaughter of the corresponding animal, and say that it is sacrificed on behalf of so-and-so. I am told that the companies that offer such a service do so.
- In conclusion, we thank those companies that do this service because they facilitate for the Muslims the fulfillment of this ritual, at a cost most Muslims can afford. May God reward them well.²⁷

In this fatwa as well, it is evident that the notions of public welfare and dire necessity, and given the noble objectives of Shari'a, give the modern jurists power to amend any stipulation pertaining to Islamic law. This shows the willingness of modern jurists to amend the law, and the extent to which Islamic law operates today according to modern concerns and priorities.

4. CONCLUSION

The initiative of the Tunisian president Essebsi to propose an amendment to the Shari'a law in Tunisia that would make inheritance equal between men and women seems to be in agreement with the general tendency of classical Muslim jurists throughout the centuries whose understanding of Shari'a law was dynamic. It is also in agreement with the general tendency of modern Muslim jurists who have been open in countless occasions to amend Shari'a law and limit its application. Muslim jurists have operated throughout the centuries with the understanding that Islamic Jurisprudence does not mean blind adherence to the literal dictate of the Qur'an, but rather finding God's intent and what is best for the Muslims. They produced a huge diversity within Shari'a law, and developed a complex system not only for devising laws but also for amending them, and this system is still in practice today, albeit limited to a smaller realm than in premodern times. The condemnation expressed by al-Azhar and many Islamists of Essebsi's proposal seems therefore a political statement and an

effort to protect their turf and monopoly over Islamic Shari'a.

BIBLIOGRAPHY

Abduh, Muhammad. *Al-A'mal al-Kamila*. Ed. Muhammad 'Imara. Beirut: al-Mu'assasa al-'Arabiyya li-l-Dirasat wa-l-Nashr, 1972.

Ali, Cheragh. *The Proposed Political, Legal, and Social Reforms in Ottoman Empire and Other Mohammedan States*. Bombay: Education Society's Press, 1883.

Amir-Moezzi, Muhammad Ali. *The Silent Qur'an & the Speaking Qur'an: Scriptural Sources of Islam between History and Fervor*. Trans. Eric Ormsby. New York: Columbia University Press, 2016.

Duderija, Adis, ed. *Maqasid al-Shari'a and Contemporary Reformist Muslim Thought: An Examination*. New York: Palgrave, 2014.

Al-Ghazali. *Al-Mustasfa*. Ed. Muhammad al-Shafi. Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiyya, 1993.

Hallaq, Wael B. *A History of Islamic Legal Theories: An Introduction to Sunni Usul al-Fiqh*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

Ibn 'Ashur, Muhammad al-Tahir. *Maqasid al-shari'a al-islamiyya*. Beirut: Dar al-Kitab al-Lubnani, 2011.

Ibn Qudama. *Al-Mughni*. Cairo: Maktabat al-Qahira, 1968.

Kamali, Mohammad Hashim. "Shari'ah and Civil Law: Towards a Methodology of Harmonization." *Islamic Law and Society* 14.3 (2007): 391–420.

Koujah, Rami. "Divine Purposiveness and its Implications in Legal Theory: The Interplay of *Kalam* and *Usul al-Fiqh*." *Islamic Law and Society* 24 (2016): 171–210.

Al-Qadi al-Nu'man. *Disagreements of the Jurists: A Manual of Islamic Legal Theory*. Ed. and trans. Devin J. Stewart. New York: New York University Press, 2015.

Rippin, Andrew and Jan Knappert. *Textual Sources for the Study of Islam*. Chicago: Chicago University Press, 1990.

Salaymeh, Lena. *The Beginnings of Islamic Law: Late Antique Islamic Legal Traditions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

²⁷ Posted on <<http://aliftaa.jo/Question.aspx?QuestionId=605#Wf38EX1yVaw>> (accessed on 3 February 2019).

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

The (Un)practical Secularization Process: International Law and Religion as Social Realities
O (Im)praticável Processo de Secularização: Direito Internacional e Religião como Realidades Sociais

Douglas de Castro

The (Un)practical Secularization Process: International Law and Religion as Social Realities*

O (Im)praticável Processo de Secularização: Direito Internacional e Religião como Realidades Sociais

Douglas de Castro**

ABSTRACT

The long debate about separation of International law and religion might be traced since the Peace of Westphalia. However, empirical evidence shows that not only both have been closely connected ontologically but instrumental to each other to realize their objectives. This article applies the tenets of the social theory propagation approach: phenomenology and rhetoric to identify the links between international law and religion in history to identify the dialectic existence between them, and how unpractical is secularization as “preached” by mainstream academic considering the social realities experienced in both fields.

Keywords: International Law; Religion; Secularism; Phenomenology; Rhetoric; TWAIL

RESUMO

O debate sobre a separação entre direito internacional e religião pode ser traçado desde a Paz de Vestfália. No entanto, evidências empíricas mostram não somente que ambos estão conectados ontologicamente, mas, instrumentais um ao outro para a atingir seus objetivos. Este artigo aplica os fundamentos da abordagem de propagação das teorias sociais: a fenomenologia e a retórica para identificar as ligações e dialética existentes entre o direito internacional e religião na história, demonstrando como é impraticável a secularização como “pregada” pela academia considerando a realidade social vivenciada por ambos campos.

Palavras-chave: Direito Internacional; Religião; Secularismo; Fenomenologia; Retórica; TWAIL

* Recebido em: 30/09/2018
Aprovado em: 23/11/2018

** Post-Doc in International Economic Law - São Paulo Law School (FGV). PhD in Political Science - University of São Paulo (FFLCH-USP). Master's in law - University of São Paulo (FD-USP). LL.M. in International Law - J. Reuben Clark Law School (BYU). Visiting Scholar in the Foundation for Law and International Affairs (Washington D.C.). Professor of International Law and Relations in the Paulista University (UNIP). Researcher in the Global Law Center - São Paulo Law School (FGV). E-mail: dougcastro@gmail.com

1. INTRODUCTION

The attack of the World Trade Center in 2001 by Al-Qaeda members made religion surface to the public debate. However, this unfortunate event skewed the discussion on two main issues: religious terrorism and Islam X West. More recently, the wave of migrants fleeing to Europe escaping countries in regional and international conflicts, such as Syria, exacerbates the debate.

Long before September 11, the debate over religious influences in the public arena were already in place due to the complementary role of faith-based organizations as providers of the public goods (in addition to the spiritual guidance) due to the sounding failure of some states around the world. As such, debates over the secularization become pivotal to understand the role of religion in local and international politics and the development of International Law.

The efforts to isolate the religious dimension from International Law is a project that initiates with the Enlightenment and coincides with the Peace of Westphalia in 1648.¹ Westphalia represents the historical marker for the origin of modern order of states, which has ended the *ancien régime* based on the hierarchy in which at the top were the Pope and the figure of the Holy Roman Emperor, and the birth of a new era regarding the reach and contents of International Law.² It is the origin of the sovereign states as equals in the international system, not subject to a higher authority. The Westphalian treaty ended a long period of war in which the Catholics and Protestants fought to impose their religions on each other.³

According to Leo Grossman, the Peace of Westphalia [...] for better or worse, marks the end of an epoch and the opening of another. It represents the majestic portal which

leads from the old into the new world.⁴ As observed in this utterance, Westphalia has usually viewed as a point in history that International Law emerges as a result of the Illuminist project in which reason replaces tradition and religion, thus, disregarding the typical movements of the historical processes such as heterogeneity, fragmentation, ruptures, and contingencies.⁵

In Davis Kennedy's essay *Images of Religion in International Law*, we found the objection to this static representation of the relationship between religion and International Law. For Kennedy, religion is inseparable from International Law, as the religion dimension [...] is something we used to have but not necessary whatsoever for theorizing modern International Law.⁶ As such, the construction and reproduction of the self-image of International Law is a pure exercise of reason by the aversion of its religious origin and influences, which is inconsistent with the social reality that both represent in the world today or to describe what Martti Koskenniemi called the *esprit d'internationalité* of our days.⁷

To that end, are the "Lights" making International professors and students blind? Is the secularism a mask to avoid a broader observation of International Law and its relationship with the "other" social realities and values?

Upon these initial considerations, we hypothesize that the secularization process of International Law as part of the non-linear process towards modernity represents a myth.⁸ International Law uses

1 The Peace of Westphalia is the name of the treaty that ended the Thirty Years War. For a complete account of the events that lead to war and its end, see: BAKER, H. W. H. **Halleck's International Law, or Rules Regulating the Intercourse of States in Peace and War, Vol. 1**. Forgotten Books, 2012.

2 HOLSTI, Kalevi J. *Peace and War: Armed Conflicts and International Order, 1648-1989*. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 1991.

3 JANIS, Mark Weston. *A Sampler of Religious Experiences in International Law*. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2008. Retrieved from: <<https://papers.ssrn.com/abstract=1101749>>. Last Access: May 21, 2018.

4 VAGTS, Alfred; VAGTS, Detlev F. *The Balance of Power in International Law: A History of an Idea*. American Journal of International Law, v. 73, n. 4, p. 555-580, 1979. Retrieved from: <<https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/div-classtitlethe-balance-of-power-in-international-law-a-history-of-an-ideadiv/0E85B738554D09B6FBD6267799F414B2>>. Last Access: May 21, 2018. p.28.

5 KALMO, Hent; SKINNER, Quentin (Orgs.). *Sovereignty in Fragments: The Past, Present and Future of a Contested Concept*. Reprint edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

6 JANIS, Mark Weston. *A Sampler of Religious Experiences in International Law*. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2008. Retrieved from: <<https://papers.ssrn.com/abstract=1101749>>. Last Access: May 21, 2018. p.145.

7 KOSKENNIEMI, Martti. *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

8 "Myth is a type of speech" which, as part of semiotics, "has the task of giving a historical intention a natural justification, and making contingency appear eternal. The signifier of myth presents itself in an ambiguous way: it is at the same time meaning and form, full on one side and empty on the other. What is characteristic of myth? To transform a meaning into form. In other words, *myth is always a*

the template of Religion for its construction and development. Therefore, the attempts to separate the religious dimension from International Law denies the commonly held assumptions and the unique and pervasive factors that exist in both, thus, making the separation incomplete and ambiguous as a theory and practice.

In methodological terms, in addition to the hypothetical-deductive method, we use the historical method combined with critical junctures to understand the consequences of the exacerbation of the secularization process in International Law theorization. This paper relies on the Capoccia & Kelemen's study on institutional critical junctures methodology to promote the macrohistorical analyses of the secularization process of International Law since Westphalia to our days, searching for patterns and regularities that might result in the confirmation empirically of the myth of secularization, identifying the phenomenology and rhetoric involved in this claim.⁹

The success of the claim of the secularisation of International Law is due to "[...] the idea that individuals organize the objects of their world not logically or empirically but 'phenomenologically,' not according to the formal rules of thought or the nature of the object but according to their intentions."¹⁰

As grand temporal markers for the macrohistorical analysis, we use the periodization of the International Law developed by Janis & Evans¹¹: before 1648; 1648-1918; and 1918 to present. This historical framework is used to localize the analysis of the relationship of international law and religion, and how ideas about it were shaped according to needs of the major players in the international system that emerged after Westphalia.

For instance, the Salamanca School was pivotal to conciliate the sacred and profane in the European expansion to unchartered territories. It was necessary for this intentional project to use reason and religion as the required ideology for justification of the new international order, especially because the boundaries of the public and private dimensions became even more blurred during the colonial period, which was revived in several opportunities in the 19th and 20th century.¹²

As such, we observe initially a rupture between academics defending an increasing and incremental secularization in the production of International Law and decision-makers that in practice incorporate religious-based principles to treaties and conventions. This rupture excludes the vital connection between theory and praxis formed by the understanding of the existing reality and the imagination of the possible, both necessary to avoid the contamination of the society of meaningless experiences.

As part of this argument and against some dissenting voices, we argue that the presence of religion in the building process of International Law is, to a certain extent, positive stance, in reality, leading the argument of the inevitable secularization of International Law to what Unger calls the dictatorship of the lack of alternatives.¹³ As stated by Elder Wilford W. Andersen, religion and politics (which includes the formation of law) "[...] are most successful and most effective when they protect and encourage one another."¹⁴ As stated by Janis & Evans:

[...] both religion and international law are essentially dialogue; both seek to prove the orientation of knowledge and a greater realization of the meaning of life. In a sense, the whole concept and practice of global order presuppose a moral and teleological viewpoint that is essentially religious.¹⁵

language-robbery." BARTHES, R. *Mythologies* (A. Lavers, Trad.). New York, NY: Farrar, Straus and Giroux, 1972, p. 142.

9 CAPOCCIA, Giovanni; KELEMEN, R. Daniel. *The Study of Critical Junctures: Theory, Narrative, and Counterfactuals in Historical Institutionalism*. World Politics, v. 59, n. 3, p. 341–369, 2007. Retrieved from: <<https://www.cambridge.org/core/journals/world-politics/article/the-study-of-critical-junctures-theory-narrative-and-counterfactuals-in-historical-institutionalism/BAAE0860F1F641357C29C9AC72A54758>>. Last Access: Sept 21, 2018.

10 DAVIS, Murray S. "That's Classic!" *The Phenomenology and Rhetoric of Successful Social Theories*. Philosophy of the Social Sciences, v. 16, n. 3, p. 285–301, 1986. Retrieved from: <<https://doi.org/10.1177/004839318601600301>>. Last Access: Sept 21, 2018. p.156.

11 JANIS, Mark W.; EVANS, Carolyn (Orgs.). *Religion and International Law*. Leiden ; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004.

12 ANDERSON, Perry. *The Ends of History*. [s.l.]: Verso Books, 1998.

13 UNGER, Roberto Mangabeira. *Depois do Colonialismo Mental*. São Paulo-SP: Autonomia Literária, 2018.

14 In <https://www.lds.org/ensign/2015/07/religion-and-government?lang=eng>. Last access: August 30, 2018.

15 JANIS, Mark W.; EVANS, Carolyn (Orgs.). *Religion and International Law*. Leiden ; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004. P.151.

2. THE CONSTRUCTION OF THE INTERNATIONAL SOCIAL REALITY – INTERNATIONAL LAW AND RELIGION HISTORICAL AND INSTRUMENTAL APPROACHES AND RESISTANCE

2.1. Summa-divisio? International Law and Religion as part of the social reality

Brute and institutional facts make the world we live in according to Searle.¹⁶ The last category depends on human institutions for their existence, which both International Law and Religion fall into, although in different realms: reason and metaphysics. These realms (altogether with others as important as) provide the objective reality in which society is built, thus, a place for a man to inhabit with some sense of stability.¹⁷ Therefore, both dimensions are heteronomous organizations and transcendental political entities that connect societies.¹⁸

As such, the paradigm of the secularization as a phenomenon that brings about the decline of religion in the public arena is no longer sustainable due to empirical evidence.¹⁹ The practice of diplomacy and politics presents a clear intermingle between Religion and International law to the level of their respective ontology. There are two disregarded premises in this relation, which according to Dark:

The first is that religious factors can affect human decision-making and actions. So, when individuals change their religious beliefs, this might be expected to have some effect on their decisions and actions. The second premise is that, as all states, nations and other organizations taking part in world politics are comprised of people, then those people's religious beliefs and affiliations may affect their decisions and actions. From this it also follows that religious change can, although need not always, both help shape (and bring about) change in the decisions and actions of actors in world politics.²⁰

This approach sheds light into the assumption adopted by mainstream academic circles in the field of International Law and Relations that religion is an exogenous variable that needs to be isolated from the political phenomena, considering the state as a monolithic actor. These paradigms produce an ethos based on an individual idealism, liberal rationalism, and positivism that does not explain or can hold society any longer as it did in the past: techno-formal models that do not account for society's explanatory variables, which disregards the inseparable connection between theory and praxis.²¹ As such, religion is one of the building blocks of the international society, thus, should integrate debate in foreign policies because as:

Case studies suggest that foreign policy is affected by the religion of statesmen and by the communication made possible by transnational networks of religious believers. Religious councils have been established to make the offices of religion available to intergovernmental organizations concerned with international affairs. If religion is operative in foreign affairs, we should endeavor to understand how it can operate for the good.²²

Empirical stance even shows a causal relationship between Law and Religion, which is an essential part of the foreign policy dimension of the countries but receives resistance from coming into epistemic communities. Oman relating the Mormon²³ experience with the lawmaking process shows the importance of considering religious matters and vice-versa:

In discussing the interaction between law and religion, scholars and others often speak as if religion is a given, a phenomenon exogenous to law. We then ask how the law reacts to religion, either regulating it, accommodating it, or perhaps being controlled by it. Implicit in this view is the sense that law is the agent reacting to religion. The Mormon experience, however, provides an example of what this approach misses. The law not only reacts to

16 SEARLE, John R. *The Construction of Social Reality*. New York: Free Press, 1997.

17 BERGER, Peter L. *Social Reality of Religion*. First Edition edition. London: Faber & Faber, 1969.

18 BEAULAC, Stephane. *The Westphalian Legal Orthodoxy – Myth or Reality?* Rochester, NY: Social Science Research Network, 2000. Retrieved from: <<https://papers.ssrn.com/abstract=2963316>>. Last Access: Sept 7, 2018.

19 BERGER, Peter L. *The Many Altars of Modernity: Toward a Paradigm for Religion in a Pluralist Age*. Digital original edition. Boston: de Gruyter, 2014; TOYNBEE, Arnold J. *A Study of History, Vol. 1: Abridgement of Volumes I-VI*. New Ed edition. Oxford: Oxford University Press, 1987.

20 DARK, K. R. (Org.). *Religion and International Relations*. 2000

edition. London: Palgrave Macmillan, 2000. P. IX.

21 MORAES, Manoel de. *Religion and Critical Theory in Max Horkheimer*. e-Theologos, v. 2, n. 2, p. 114–122, 2011. Retrieved from: <<https://content.sciendo.com/view/journals/etho/2/2/article-p114.xml>>. Last Access: Sept 7, 2018; MCCARNEY, Joseph. *Routledge Philosophy Guidebook to Hegel on History*. London ; New York: Routledge, 2000; BIANCHI, Andrea. *International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking*. New York, NY: OUP Oxford, 2016.

22 DARK, K. R. (Org.). *Religion and International Relations*. 2000 edition. London: Palgrave Macmillan, 2000. P. 29.

23 Mormon is how member of The Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints are known. For a complete account of the beliefs and history of the Church see: <https://www.lds.org/?lang=eng>. Last access: July 16, 2018.

religion, but it also shapes it. Religious traditions are not static. They evolve and reinterpret themselves over time in reaction to the world in which religious believers find themselves. Law is one of the factors that can force religious change. The Church's abandonment of polygamy in the face of legal pressure from the United States' government is a dramatic example of this kind of change. Less well-understood is the way that law has driven shifts in Mormon theological discourse in the 20th century. Thus, beyond any particular interest it may offer, the story of law and the international expansion of Mormonism since 1945 provides an example of the more general phenomenon of how law precipitates religious change.²⁴

Like any other social phenomenon, Religion possesses negative or meaningless experiences that contest reason, science, humanism, and progress, all timeless ideals of the Enlightenment. Academic debates tend to disregard the humanism and progress, both as crucial to Religion as to International Law and focus on the meaningless social events such as religious fundamentalism to draw generalizations about secularization (by meaningless social events I refer to any social experience not embedded with the ideals of Enlightenment).²⁵ No matter how far we think that modern democracies moved away from the so-called old ontologies, relying on God is very existential to humankind, even thou not admitted expressly.²⁶ For instance, paradigms such as the clash of civilization gain traction in the mainstream academic circles, reverberating into the media causing fear and social unrest.²⁷

2.2. The secularization narrative: "In the beginning, Westphalia created secular states."²⁸

The Peace of Westphalia is considered the historical marker for the birth of the modern system of states based on legal equality among them due to the sovereignty principle. Westphalia is part of the Early

Enlightenment movement, which ended the Third Years War, making clear that no religion should be a *casus belli*. However, the religious intolerance continued afterward, which according to Israel:

The profound spiritual crisis which ensued after 1650 was partly caused then by an exacerbated but wholly unresolved schism between Catholicism and Protestantism (sometimes nuanced by a growing awareness of the history and doctrines of the eastern churches), but it was due also to the growing fragmentation of the Protestant churches themselves.²⁹

From Westphalia to our days one thing is clear about the conflicts between the 'supra-structures' of Religion and International Law: [...] *religion precedes secularism which precedes but also pervades international law-one of secularism's many façades*.³⁰ To that effect, the Bible presents the story of the Tower of Babel, among other accounts, as one of the traces in the history of the formation of International Law for Jews and Christians.³¹

As should be evident in this paper, the debates over Religion, Secularism, and International Law confines to the Christianity dimension, which since the Westphalia are inseparable and excluding in nature. As suggested by Drinan in the book *Can God and Caesar Coexist?: Balancing Religious Freedom and International Law*, that might explain why the United Nations never sponsored a legally binding instrument to protect religious freedom as it has been with other minorities.³²

Upon recognition of the intermingle relation of Christianity and International Law in the post-Westphalian phase is essential to understand how was forged the foreign policy in a Weberian track along history. In the sunrise of Westphalia, religious matters were still salient in politics in Europe and served well the new sovereign states to justify the push to colonize

24 OMAN, Nathan B. *International Legal Experience and the Mormon Theology of the State, 1945-2012*. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2015. Retrieved from: <<https://papers.ssrn.com/abstract=2550931>>. Last Access: Sept 7, 2018.

25 CARTER, Jimmy. *Religion, The Missing Dimension of Statecraft*. 1st edition. New York: Oxford University Press, 1995.

26 CROCKETT, Professor and Director of Religious Studies Clayton. *Religion in a Secular World: Violence, Politics, Terror*. Charlottesville: University of Virginia Press, 2006.

27 BAUMAN, Zygmunt. *Liquid Fear*. Edição: 1. Cambridge ; Malden, MA: Polity Press, 2006.

28 Paraphrasing Genesis 1:1. In <https://www.lds.org/languages/eng/content/scriptures/ot/gen/1>. Last access: September 12, 2018.

29 ISRAEL, Jonathan I. *Enlightenment Contested: Philosophy, Modernity, and the Emancipation of Man 1670-1752*. [s.l.]: Oxford University Press, 2006. Retrieved from: <<http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199279227.001.0001/acprof-9780199279227>>. Last Access: Sept 17, 2018. P. 63.

30 CLARK, Martin. *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*. Oxford, United Kingdom: OUP Oxford, 2016. P. 923.

31 PAZ, Reut Yael. *A Gateway between a Distant God and a Cruel World: The Contribution of Jewish German-Speaking Scholars to International Law*. Leiden ; Boston: Martinus Nijhoff, 2012.

32 DRINAN, Robert F. *Can God and Caesar Coexist?: Balancing Religious Freedom and International Law*. First Edition edition. New Haven: Yale University Press, 2004.

Latin America, much of Asia, and, later, Africa.^{33 34}

The great effort for states in entering into a new era in which sovereignty was to consolidate and regulate the competing exercise of power in both internal and international dimensions. For Philpott, Westphalia represented the emergence of “[...] a system of sovereign states. Through colonial independence, this system became global. But states are not the only possible forms of authority, and they do not have to be the ultimate sovereign entity.”³⁵

Therefore, as the result of the false Westphalian presumption of the separation between religion and political affairs, European scholars in the 18th and 19th centuries started to focus on the use of rationality, reason, and scientific knowledge to push away the past processes of knowledge production linked to tradition and religion.³⁶ As such, Westphalia represented the initial push to incorporate the first wave of Enlightenment assumptions into International Law and Relations.³⁷ To that end:

One of the most obvious ways in which secularization has affected the man in the street is as a ‘crisis of credibility’ in religion. Put differently; secularization has resulted in a widespread collapse of the plausibility of traditional religious definitions of reality.³⁸

33 KALMO, Hent; SKINNER, Quentin (Orgs.). *Sovereignty in Fragments: The Past, Present and Future of a Contested Concept*. Reprint edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2014; BEAULAC, Stephane. *The Westphalian Legal Orthodoxy – Myth or Reality?* Rochester, NY: Social Science Research Network, 2000. Retrieved from: <<https://papers.ssrn.com/abstract=2963316>>. Last Access: Sept 7, 2018; CASANOVA, José. *Religion, European secular identities, and European integration*. Religion in an Expanding Europe. Retrieved from: </core/books/religion-in-an-expanding-europe/religion-european-secular-identities-and-european-integration/22E52E5F8EE4E DBA2CCA591B96C2C03D>. Last Access: Sept 7, 2018.

34 For a full account: LESAFFER, R. (ED.). *Peace Treaties and International Law in European History: From the Late Middle Ages to World War One*. 1 edition ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

35 PHILPOTT, Daniel. *Revolutions in Sovereignty: How Ideas Shaped Modern International Relations*. First Edition edition. Princeton NJ: Princeton University Press, 2001. P. 11.

36 PHILPOTT, Daniel. *Revolutions in Sovereignty: How Ideas Shaped Modern International Relations*. First Edition edition. Princeton NJ: Princeton University Press, 2001.

37 SCHWARZ, Tanya B; LYNCH, Cecelia. *Religion in International Relations*. Oxford Research Encyclopedia of Politics, 2016. Retrieved from: <<http://politics.oxfordre.com/view/10.1093/acrefore/9780190228637.001.0001/acrefore-9780190228637-e-122>>. Last Access: Sept 7, 2018; LESAFFER, Randall (Org.). *Peace Treaties and International Law in European History: From the Late Middle Ages to World War One*. 1 edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

38 BERGER, Peter L. *Social Reality of Religion*. First Edition edition. London: Faber & Faber, 1969. P.6.

However, in the political circles, the justification for the expansion to other territories and domination of the savages found in religion a safe harbor, counting on with several scholars with a profound sense of religiosity. The secularization narrative as absorbed and reproduced by elites by no means meant to exclude religion entirely from political affairs but to secularize versions of the Christian eschatology to a political end.³⁹ This is perceived, for instance, during the 1950s to 1970s in the United States in which the Spanish colonial expansion was revived to provide examples of protection of rights. One example of the literature of this period is the article *The Spanish Struggle for Justice in the Conquest of America* by Lewis Hanke, which points out to the good intentions of the Spanish crown and the virtues of the legal contributions of Francisco de Vitoria and Bartolomé de Las Casas.

While the narrative of secularization becomes more entrenched in the mindset of European elites, practical concerns regarding the formal annexation of uncharted territories and the activities of preachers, traders, adventurers, and warriors in the New Worlds becomes a “thorn in the flesh.” It was necessary to conciliate thru the rules of International Law profane activity of trade with the spiritual exercise of proselytism, or in other words, resume the *summa-divisio* debate originally from Roman law.⁴⁰ Therefore, from the inception of modern International Law, Religion contributed entropically to the stability of the internal structures of the Jus Gentium or in other words according to the Weber-Fechner Law – “perceived change in stimuli is proportional to the initial stimuli.”⁴¹

Considering that International Law was and has been instrumental to the process of imperial and colonial expansions, as it [...] *has always served the interests of dominant social forces and States in international relations*

39 LÖWTH, Karl. *Meaning in History: The Theological Implications of the Philosophy of History*. Chicago; London: The University of Chicago Press, 1957.

40 CHANDA, Nayan. *Bound Together: How Traders, Preachers, Adventurers, and Warriors Shaped Globalization*. 1 edition. New Haven: Yale University Press, 2007; KOSKENNIEMI, Martti. *EMPIRE AND INTERNATIONAL LAW: THE REAL SPANISH CONTRIBUTION*. University of Toronto Law Journal, v. 61, n. 1, p. 1–36, 2011. Retrieved from: <<https://utpjournals.press/doi/10.3138/utlj.61.1.001>>. Last access: September 19, 2018.

41 To a complete overview of the complex adaptive systems see: NICOLIS, G.; NOCOLIS, G.; PRIGOGINE, I. *Exploring Complexity: An Introduction*. F First Edition edition ed. New York: St. Martin's Press, 1989.

according to Chimni, it was necessary to accommodate the encounter of both sub-systems of the international system formed by the Peace of Westphalia: religion and law. It was necessary to provide a device to smooth the irritation provided by the encounter of these open sub-systems.⁴²

The scholars of the so-called Salamanca School provided the rational and spiritual accommodation for the practical issues the European were facing in the encounter with natives and new territories ready to be explored, especially considering that conquerors were acting (or committing sins) under the auspices of the Spanish crown.⁴³ Reut Yael Paz commenting on the works of Salamanca School attributes the success of the reconfiguration of the public/private to the way scholars relied on a religious formula to connect the general tenets of religion and law to the particular demands that the expansionist wave brought.⁴⁴ Their view of International Law is laid down in the next part of the paper, along with an exposition on how the ideas developed by them are resilient to this day in modern International Law.

2.3. The origins of International Law – religious dimension

The best graphical representation of the relation between religion and international law from inception to nowadays is the Mobius Ribbon. The ribbon is described as a surface with only one side (when embedded in three-dimensional Euclidean space) and only one boundary, having the mathematical property of being unorientable, thus, there is no way to find the beginning or end (such as the infinite symbol) or in which side of the ribbon the observer is looking at.⁴⁵

The observation of traces in the relationship between

religion and International Law and Relations in various levels of abstraction and empiricism to nowadays makes necessary an explanatory stance of the history behind it. There is a tendency to isolate the religious dimension in a distant past overcome by the most advanced phases of the Enlightenment at the end of the 19th century, in which secularism reached its peak as stated by Israel: “Hardly anyone today would wish to deny that Cartesianism, and the New Philosophy more generally, with its systematically mechanistic conception of the world had a profoundly innovative and permanently transforming effect on European thought.”⁴⁶

This theoretical artifact is an intentional and instrumental political strategy to justify more subtle, and sophisticated forms of imperial domination. The rationale then and now is the same: dealing with non-European peoples while seeking the imperial venture, thus, excluding the indigenous people by the *mission civilizatrice* and nowadays the existing tradition and metaphysical dimensions that are in contradiction with the universalistic and secularist character of International Law. To Anghie this is a process “[...] to bring the uncivilized/aberrant/violent/backward/oppressed into the realm of civilization, the universal order governed by (European) international law”.⁴⁷

In this turmoil of social transformation, a mixture of conflicting interests, and competition between Christianities, the formation of International Law takes shape. Imperial and the missionary impetus takes place under the auspices of the sovereign state⁴⁸ that with the [...] *discovery of the New World, the Catholic Kings accepted a perpetual obligation of evangelization... This need was satisfied by the bull Universalis Ecclesiae, which gave the crown the privileges of founding churches and presenting all persons for an ecclesiastical appointment.*⁴⁹

42 CHIMNI, B. S. *Third World Approaches to International Law: A Manifesto*. International Community Law Review, v. 8, n. 1, p. 3–27, 2006. Retrieved from: <<http://booksandjournals.brillonline.com/content/journals/10.1163/187197306779173220>>. Last access: September 19, 2018.

43 For a full account of the so-called forfounders of International Law see: Nussbaum, A. (1947). *A Concise History Of The Law Of Nations* (1st edition). Macmillan Co, NY.

44 CLARK, Martin. *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*. Oxford, United Kingdom: OUP Oxford, 2016.

45 To na overview of the Mobius Ribbon see: PICKOVER, Clifford A. *The Möbius Strip: Dr. August Möbius's Marvelous Band in Mathematics, Games, Literature, Art, Technology, and Cosmology*. New York: Basic Books, 2007.

46 ISRAEL, Jonathan I. *Enlightenment Contested: Philosophy, Modernity, and the Emancipation of Man 1670-1752*. [s.l.]: Oxford University Press, 2006. Retrieved from: <<http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199279227.001.0001/acprof-9780199279227>>. Last access: September 17, 2018. P. 409.

47 ANGHIE, Antony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. 1 edition. Cambridge, UK ; New York: Cambridge University Press, 2007.p.346.

48 *19 Go ye therefore, and teach all nations, baptizing them in the name of the Father, and of the Son, and of the Holy Ghost: 20 Teaching them to observe all things whatsoever I have commanded you: and, lo, I am with you alway, even unto the end of the world. Amen* (Mathews 28: 19-20) In <https://www.lds.org/scriptures/nt/matt/28?lang=eng>. Last access: Sept 21, 2018.

49 PADDEN, Robert Charles. *The Ordenanza del Patronazgo, 1574:*

To Clark commenting on the arrangements between state and church stated that [...] *Christian and Eurocentric character of international law remains a tool of both subjugation and liberation of the 'Other'*.⁵⁰ As such, religion in the first stage of formation of the international system serves the excluding temporal and spiritual of states:

As Ferdinand and Isabella consolidated their kingdoms and pressed to the south, Catholicism became synonymous with the new nationalism and Mohammedanism, and Judaism were crushed beneath its weight. In this unity of national and religious sentiment it was inevitable that the Church and the Holy Office should become quasi-political agencies of the crown, and so it came to pass that secular churchmen became recognized as civil servants.⁵¹

The issue as the venture of exploring unchartered territories starts was the friction caused by the encounter of the colonizers under the mandate of the crown. Most of these men possess a doubtful moral compass, caring on the evangelization mission. Thus, among the issues raised by this encounter was the stand and responsibility of the sovereign before the Church and God is questioned (for instance, the concept of dominium, and war). Francisco de Vitoria, due to his theological and legal background was instrumental in developing a legal structure that saved the Christian congregation from losing political power and moral decay.^{52 53}

The strategy was to present the obedience in binary representation: to God and to the one who represents God himself on earth, thus, in a Foucaultian exegesis the obedience became an end to itself and structured as [...] *lesser evil way of life, at least since Adam's Fall*.⁵⁴ The approach incorporated natural law to both divine and men made law, which allowed men morally flawed to carry on the trading and missionary work as the situation

presented itself, therefore, discriminating actions as just/lawful and unjust/unlawful in vague language that ultimately would be determined by the courtroom or the confession booth.

Vitoria and Suarez had a profound influence over Hugo Grotius, the most well-known and prestigious founders of international law.⁵⁵ The Spanish Dominicans presented the idea that natural law was established by God himself, which encompass freedom, common property, and peace that should be exercised by men according to reason. Of course, this relationship is problematic, being captured by Grotius in defense of the freedom of navigation and trade that was opposed against Portuguese and Spanish crowns using the concept of the subjective natural law as developed in his work *De Jure Praedae*.

Also, the practical activity as a lawyer in defending the Deutch crown, the author of *De jure belli ac pacis* and *Mare liberum* is scarcely remembered by his theological works such as *Ordinum Hollandiae ac westfrisiae pietas*, *Defensio fidei catholicae de satisfactione christi* and *De veritate religionis christianae*. It is puzzling that the most extensive work of Grotius, the religious one, is overshadowed by part of his derivative work on Vitoria and Suarez, which leads to inferring the intentional production of a legal and political vocabulary that excludes the religious dimension.⁵⁶⁵⁷

As the Westphalian era of international law and

An Interpretative Essay. The Americas, v. 12, n. 4, p. 333–354, 1956. Retrieved from: <<https://www.jstor.org/stable/979082>>. Last access: September 13, 2018. P. 334.

50 CLARK, Martin. *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*. Oxford, United Kingdom: OUP Oxford, 2016. P. 928.

51 PADDEN, Robert Charles. *The Ordenanza del Patronazgo, 1574: An Interpretative Essay*. The Americas, v. 12, n. 4, p. 333–354, 1956. Retrieved from: <<https://www.jstor.org/stable/979082>>. Last access: September 13, 2018. P. 333-4.

52 CLARK, Martin. *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*. Oxford, United Kingdom: OUP Oxford, 2016.

53 Francisco de Vitoria, Suarez and other theologians and jurists formed the so-called Salamanca School.

54 BERNAUER, James. *Michel Foucault and Theology: The Politics of Religious Experience*. Edição: 1. Aldershot: Routledge, 2004. P.5.

55 ANGHIE, Antony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. 1 edition. Cambridge, UK ; New York: Cambridge University Press, 2007; FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne; PETER, Simone; et al. *The Oxford Handbook of the History of International Law*. 1 edition. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2013.

56 THOMAS. *The Intertwining of Law and Theology in the Writings of Grotius*. *Journal of the History of International Law / Revue d'histoire du droit international*, v. 1, n. 1, p. 61–100, 1999. Retrieved from: <<http://booksandjournals.brillonline.com/content/journals/10.1163/15718059920956689>>. Last access: September 22, 2018.

57 Thomas (1999, p. 70) presents an example on the religious and law erudition of Grotius: *Grotius, however, in Defensio fidei catholicae de satisfactione christi of 1617,42 was to add what one author has called "a really fresh view of the work of Christ" known as the "governmental theory" of the atonement. Grotius emphasises the role of God as governor of the universe rather than God's justice and the need for every misdeed to be brought into judgment. The law which God applies to human beings is a positive law to which God is in no way bound and one which he can alter or abrogate as he pleases. God, as the ruler of the universe, could have forgiven sin without the death of Jesus but had he done so, argues Grotius, he would have undermined the moral order of the universe. Jesus died to illustrate God's hatred of sin, but his death was a nominal rather than exact equivalent.*

relations becomes the ruling approach over international affairs. The religious roots remained strongly swinging between positivism and natural law paradigms as it fitted the needs for expansion. However, we observe a recrudescence of the secular narrative at the dawn of the 18th century and sunrise of the 19th. However, in the practice and development of international law we observe the maintenance of the approach of using the international lawmaking as a tool to legitimize the colonial venture by other means.⁵⁸

2.4. Modern International Law – religious dimension still present

In cultural terms, the modern international law might be traced to the formation of the *Institut de Droit International* in 1873 as part of the liberal internationalization and the wave of imperial expansion led by Great Britain, France, and Germany. Thus, the international law continues to justify the ethos expansionist of the so-called “discrete civilizers,” under the Protestant flagship.

Many of the members of the new *Institut de Droit International* were members of the delegations that attended the Berlin Conference in 1885, in which the European powers distributed the African continent, the *ce magnifique gateau Africa* as portrayed by king Leopoldo.⁵⁹ As stated by Anghie: “El derecho internacional moderno nació cuando los imperios liberales giraron hacia la anexación formal de las colonias. Sin embargo su base ideológica se apoya em uma crítica moralista contra el imperio español”.⁶⁰

The great economic prosperity and scientific revolutions at the end of the 18th and 19th centuries, among other factors, push the development of international law to an idealistic era in which the formation of institutions should bring the stability, order, and the universal peace. James Brown Scott, author of the work *The Catholic Conception of*

*International Law: Francisco de Vitoria, Founder of the Modern Law of Nations, and assistant of the U.S. State Secretary Elihu Root.*⁶¹

The idealistic view observed in the inter-war period and right after the end of Second World War that transformed the Nations League in the United Nations, a more robust international institution than its predecessor came to a halt as a more pessimistic landscape is formed in the world affairs by the beginning of the Cold War.⁶² There was a strong revival of the realist theory in which security is the center for state’s survival in a Hobbesian world, thus, pushing religion to the periphery of the debates regarding the theorization of international law although its Christianity matrix was still presenting despite the growing tension by the exclusion of other religious traditions, especially the Islam. As stated by Afsah, this process possesses stressing factors that would lead to September 11 and its nefast consequences afterward:

Napoleon’s expedition inflicted severe narcissist wounds on the Islamic self-image which have yet to heal. The 1967 defeat inflicted similar wounds. ... This Arab complex [goes beyond the issue of modern colonialism, it] is based on a strong delusion concerning Europe’s usurpation of our right to make history and to lead the world, in a moment of historical lapse, as is sometimes said here. We view the right to world leadership as if it were a divine right, for which God has chosen Arabs and Muslims. Thus, Arab unification is a necessary step to retrieve that right. Arabs and Muslims would Always find it difficult to accept their position on the margins of modern history since they view themselves, consciously or unconsciously, as members of a great nation and the bearers of God’s true religion and that God is on their side.⁶³

58 ISRAEL, Jonathan I. *Enlightenment Contested: Philosophy, Modernity, and the Emancipation of Man 1670-1752*. [s.l.]: Oxford University Press, 2006. Retrieved from: <<http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199279227.001.0001/acprof-9780199279227>>. Last access: September 17, 2018.

59 KOSKENNIEMI, Martti. *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

60 ANGHIE, Antony. *Imperialismo y Derecho internacional*. 1st edition. [s.l.]: Siglo del Hombre, 2016. P.134.

61 FINCH, George A. *James Brown Scott, 1866–1943**. American Journal of International Law, v. 38, n. 2, p. 183–217, 1944. Retrieved from: <<https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/james-brown-scott-18661943/2B8EBDD64E78666AFA3B383729C5883A#>>. Last access: September 29, 2018.

62 CARR, E. H. *The Twenty Years’ Crisis, 1919-1939: Reissued with a new preface from Michael Cox*. 1st ed. 2016 edition. London, United Kingdom: Palgrave Macmillan, 2016.

63 AFSAH, Ebrahim. *Contested Universalities of International Law: Islam’s Struggle with Modernity*. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2008. Retrieved from: <<https://papers.ssrn.com/abstract=2373747>>. Last access: September 29, 2018. P. 265-6.

At the same time, we observe these tensions in the development and practice of international law; the academic debate reveals an exacerbation of the secular identity of international law contrary to its origins and practice, which demonstrates to be inutile as their ontologies are close connected.⁶⁴ However, this tension hits two empirical observations that challenge the unpractical positivist secularism: (1) the idealistic period inter-wars encapsulated several religious principles and ethics in transformation of international law and organizations; (2) the decolonization waves introduced a multiplicity of actors and traditions to the international system that prescribes universality as theorized by international lawyers and scholars; and (3) the post-Cold War presents a proliferation of intra-states conflicts, most of them religion-based that produced spill-over to regional and international level (the Peace Research Institute Oslo-PRIO has mapped 241 conflicts from 1946 to 2004).⁶⁵ Mark Weston Janis pointed out that there is an estimation that almost 220 million people died in the 20th century as a result of ethnic cleansing, which primary cause is religious antagonism.⁶⁶

Mainstream academic circles portray the secular states as the mechanical Enlightenment world, a simpler and more familiar world as theorized by the Realist tradition in which states are (1) monolithic, and the main agents in international relations; (2) concerned only with their survival as there is no superior authority in the international system, which structure is anarchical; and (3) that the state of war is continuous and inevitable.⁶⁷ Also, the claim of the scientific essence of international Law presents an additional obstacle as the “[...] effort have felt that doing law scientifically means keeping religion and morals absolutely out of the discipline”.⁶⁸

64 JANIS, Mark Weston. *A Sampler of Religious Experiences in International Law*. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2008. Retrieved from: <<https://papers.ssrn.com/abstract=1101749>>. Last access: May 21, 2018.

65 In <https://www.prio.org/Data/Armed-Conflict/Data-on-religious-cleavages-and-civil-war/>. Last access: Sept 21, 2018.

66 In <https://www.asil.org/insights/volume/7/issue/13/religion-and-international-law>. Last access: Sept 21, 2018.

67 PHILPOTT, Daniel. *Revolutions in Sovereignty: How Ideas Shaped Modern International Relations*. First Edition edition. Princeton N.J: Princeton University Press, 2001.

68 JANIS, Mark Weston; KENNEDY, David; ARSANJANI, Mahnoush H.; et al. *Religion and International Law*. Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law), v. 82, p. 195–220, 1988. Retrieved from: <<https://www.jstor.org/stable/25658424>>. Last access: September 29, 2018.

In this sense, Savić explains the consequences of this mechanical approach applied to secularism:

Secular states that ban public religiosity have four major issues. First, they forget that religious norms are part of the state’s public and legal existence. Second, they are removing religion from the legal system. Third, they do not understand the role of religious concepts and traditions in the lives of their citizens. Fourth, they lose the ability to discourage behavior that is outside the acceptable norm.⁶⁹

The jumps in history in this part of the paper might seem exaggerated to the point of compromising the interior validity and cohesion; however, for the purpose of achieving the research objective, sparse episodes in this history were instrumental to present how the religious background is connected to the modern international law, which in turn is connected to the practice of imperial venture at the same time that in the epistemic community the secularism is prescribed as a matter of making international law more rational and scientific.

In the next part of the article, we should present the encounters of international law and religion from a theoretical and empirical perspective, searching to unfold the (un)practical aspects of the secularism. It is a necessary analytical dimension to identify the ordering principles or the absence thereof vis-a-vis the global and regional insecurity due to religious conflicts.

2.5. Religious experiences in international law: political and epistemic communities

Religion and international law are congruent as both are essentially in dialogue seeking to prove orientation of knowledge and greater realization of the meaning of life. There are a few instances in which they are in direct conflicts, such as environmental prescriptions on the prohibition on whaling that might conflict with indigenous religious and traditional practices or to protect the rights of women (for instance, the Convention Against the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women) that have been rejected by some Islamic countries.

69 SAVIĆ, Vanja-Ivan. *Still Fighting God in the Public Arena: Does Europe Pursue the Separation of Religion and State Too Devoutly or Is It Saying It Does Without Really Meaning It?* BYU Law Review, v. 2015, n. 3, p. 679–726, 2015. Retrieved from: <<https://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol2015/iss3/5>>. Last access: September, 21, 2018. P.679.

However, the positive intermingle by direct or indirect influences are the pattern. For instance, at the global level, the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights, the Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and Discrimination Based on Religion or Belief, Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, and the Convention Relating to the Status of Refugees. At the regional level, the pattern of incorporating religious principles are identical to the international level. As stated by James A. R. Nafziger:

Several examples of specific doctrinal contributions ... may help confirm the creative function of religious doctrine in the formulation of modern international law. At a very deep level of significance, there seem to be certain universal, religious doctrine in the formulation of modern international law... For example ... all of the major religions propound a Golden Rule— treat others as you would like to be treated—that is the basis of reciprocity ... that has shaped humanitarian, legal doctrine.⁷⁰

The support of the development of international law by religious institutions might be observed for example in the Society of Friends (Quakers), the Brethren in Christ (Mennonites), the Church of the Brethren, the United Society of Believers in Christ's Second Appearing (Shakers), and the Bahá'í Faith, all agreeing in the central role of peace and the development for global order.⁷¹ Also, the World Council of Churches (WCC) influenced by Third World churches has been actively pursuing programs to support the rule of international law, such as the *Statement on terrorism, counter-terrorism and human rights* of February 23, 2006, which states:

In recent times, acts of terror and some aspects of the so-called “war on terror” have introduced new dimensions of violence. In addition, fundamental international laws and norms, including long-established standards of human rights, have come under threat.⁷²

70 JANIS, Mark Weston; KENNEDY, David; ARSANJANI, Mahnoush H.; et al. *Religion and International Law*. Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law), v. 82, p. 195–220, 1988. Retrieved from: <<https://www.jstor.org/stable/25658424>>. Last access: September 29, 2018. P.2.

71 JANIS, Mark W.; EVANS, Carolyn (Orgs.). *Religion and International Law*. Leiden ; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004.

72 In <https://www.oikoumene.org/en/resources/documents/commissions/international-affairs/human-rights-and-impunity/statement-on-terrorism-counter-terrorism-and-human-rights>. Last access: Sept 21, 2018. See also Religions for Peace (<https://rfp.org/act/campaigns/>).

Thus, the dialectic feature between international law and religion present positive aspects for both, although each with its ontology and epistemology. Since Westphalia, the conflicts based on religion hasn't stopped as international became more complex by the entrance of new transnational actors and movements, especially by the introduction of decolonized countries, amounting around 200 countries.⁷³ However, as declared by Stempel:

“[...] far from being a purely negative factor, religion properly managed has played, and may play, an even more important positive role in diplomacy and conflict resolution. If some religious values strengthen diplomacy, diplomacy also provides tools for managing, perhaps even resolving, religious disagreements and easing religious conflicts. The biggest impediment to this auspicious outcome is lack of knowledge and correct information by all major social groups about religious/diplomatic linkages.”⁷⁴

Frequently, academics tend to exclude from debates some aspects that encompass: (1) the faith and beliefs of politicians, statesmen, and diplomats; (2) the belief structures permeating national and international perception and views of reality; (3) the organizational impact of faith issues and religious organization as we state before; and (4) special issues that religion presents for politics, increases diplomat's stock for persuasion and bargaining, which according to Stempel: “The fact that few scholars and perhaps even fewer statesmen, theologians, or media folk are equally knowledgeable in both fields (international politics and religion) could be a scary proposition.”⁷⁵

The “danger” pointed out by Stempel is justified as observed in Figure 1.⁷⁶ The bibliographic mapping of international and religion using VOSviewer.⁷⁷

73 JANIS, Mark Weston. *A Sampler of Religious Experiences in International Law*. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2008. Retrieved from: <<https://papers.ssrn.com/abstract=1101749>>. Last access: May 21, 2018.

74 STEMPEL, John D. *Faith and Diplomacy in the International System*. Retrieved from: <<http://www.uky.edu/~stempel/faith.htm>>. Last access: September 30, 2018. P.5.

75 STEMPEL, John D. *Faith and Diplomacy in the International System*. Retrieved from: <<http://www.uky.edu/~stempel/faith.htm>>. Last access: September 30, 2018. P.8.

76 STEMPEL, John D. *Faith and Diplomacy in the International System*. Retrieved from: <<http://www.uky.edu/~stempel/faith.htm>>. Last access: September 30, 2018.

77 “A map normally includes only one type of link. Also, between any pair of items, there can be no more than one link. Each link has a strength, represented by a positive numerical value. The higher this

social arena are inevitable. However, the empirical stance in this article provides a positive and normative view of this relation. As such, as part of the theoretical framework, were identified the phenomenology and rhetoric aspects of this relationship, as well as the unpractical claim of secularism as some voices “preach” nowadays. Therefore, we think that the major contribution in this article is tracing in the chunks of the history of the phenomenological and rhetorical aspects of the encounter of religion with international law and vice-versa.

BIBLIOGRAPHY

- AFFSAH, Ebrahim. **Contested Universalities of International Law: Islam’s Struggle with Modernity**. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2008. Retrieved from: <<https://papers.ssrn.com/abstract=2373747>>. Last access: September 29, 2018.
- ANDERSON, Perry. **The Ends of History**. [s.l.]: Verso Books, 1998.
- ANGHIE, Antony. **Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law**. 1 edition. Cambridge, UK ; New York: Cambridge University Press, 2007.
- ANGHIE, Antony. **Imperialismo y Derecho internacional**. 1st edition. [s.l.]: Siglo del Hombre, 2016.
- ANGHIE, Antony. **The evolution of international law: Colonial and postcolonial realities**. *Third World Quarterly*, v. 27, n. 5, p. 739–753, 2006. Retrieved from: <<https://doi.org/10.1080/01436590600780011>>. Last access: September 29, 2018.
- BAKER, Henry Wager Halleck. **Halleck’s International Law, or Rules Regulating the Intercourse of States in Peace and War, Vol. 1**. [s.l.]: Forgotten Books, 2012.
- BARTHES, Roland. **Mythologies**. Trad. Annette Lavers. New York, NY: Farrar, Straus and Giroux, 1972.
- BAUMAN, Zygmunt. **Liquid Fear**. Edição: 1. Cambridge ; Malden, MA: Polity Press, 2006.
- BEAULAC, Stephane. **The Westphalian Legal Orthodoxy – Myth or Reality?** Rochester, NY: Social Science Research Network, 2000. Retrieved from: <<https://papers.ssrn.com/abstract=2963316>>. Last access: September 7, 2018.
- BERGER, Peter L. **Social Reality of Religion**. First Edition edition. London: Faber & Faber, 1969.
- BERGER, Peter L. **The Many Altars of Modernity: Toward a Paradigm for Religion in a Pluralist Age**. Digital original edition. Boston: de Gruyter, 2014.
- BERNAUER, James. **Michel Foucault and Theology: The Politics of Religious Experience**. Edição: 1. Aldershot: Routledge, 2004.
- BIANCHI, Andrea. **International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking**. New York, NY: OUP Oxford, 2016.
- CAPOCCIA, Giovanni; KELEMEN, R. Daniel. **The Study of Critical Junctures: Theory, Narrative, and Counterfactuals in Historical Institutionalism**. *World Politics*, v. 59, n. 3, p. 341–369, 2007. Retrieved from: : <<https://www.cambridge.org/core/journals/world-politics/article/the-study-of-critical-junctures-theory-narrative-and-counterfactuals-in-historical-institutionalism/BAAE0860F1F641357C29C9A-C72A54758>>. Last access: September 6, 2018.
- CARR, E. H. **The Twenty Years’ Crisis, 1919-1939: Reissued with a new preface from Michael Cox**. 1st ed. 2016 edition. London, United Kingdom: Palgrave Macmillan, 2016.
- CARTER, Jimmy. **Religion, The Missing Dimension of Statecraft**. 1st edition. New York: Oxford University Press, 1995.
- CASANOVA, José. **Religion, European secular identities, and European integration**. Religion in an Expanding Europe. Retrieved from: <<https://www.cambridge.org/core/books/religion-in-an-expanding-europe/religion-european-secular-identities-and-european-integration/22E52E5F8EE4EDBA2CCA591B96C2C03D>>. Last access: September 6, 2018.
- CHANDA, Nayan. **Bound Together: How Traders, Preachers, Adventurers, and Warriors Shaped Globalization**. 1 edition. New Haven: Yale University Press, 2007.
- CHIMNI, B. S. **Third World Approaches to International Law: A Manifesto**. *International Community Law Review*, v. 8, n. 1, p. 3–27, 2006. Retrieved from: <<http://booksandjournals.brillonline.com/content/journals/10.1163/187197306779173220>>. Last access: September 19, 2018.

- CLARK, Martin. **The Oxford Handbook of the Theory of International Law**. Oxford, United Kingdom: OUP Oxford, 2016.
- CROCKETT, Professor and Director of Religious Studies Clayton. **Religion in a Secular World: Violence, Politics, Terror**. Charlottesville: University of Virginia Press, 2006.
- DARK, K. R. (Org.). **Religion and International Relations**. 2000 edition. London: Palgrave Macmillan, 2000.
- DAVIS, Murray S. "That's Classic!" **The Phenomenology and Rhetoric of Successful Social Theories**. *Philosophy of the Social Sciences*, v. 16, n. 3, p. 285–301, 1986. Retrieved from: <<https://doi.org/10.1177/004839318601600301>>. Last access: September 6, 2018.
- DRINAN, Robert F. **Can God and Caesar Coexist?: Balancing Religious Freedom and International Law**. First Edition edition. New Haven: Yale University Press, 2004.
- FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne; PETER, Simone; *et al.* **The Oxford Handbook of the History of International Law**. 1 edition. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2013.
- FINCH, George A. **James Brown Scott, 1866–1943***. *American Journal of International Law*, v. 38, n. 2, p. 183–217, 1944. Retrieved from: <<https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/james-brown-scott-18661943/2B8EBDD64E78666AFA3B383729C5883A#>>. Last access: September 29, 2018.
- HENKIN, Louis; PUGH, Richard Crawford; SCHACHTER, Oscar; *et al.* **International Law Documents: Cases and Materials**. 3rd/Supplm edition. St. Paul, Minn: West Group, 1993.
- HOLSTI, Kalevi J. **Peace and War: Armed Conflicts and International Order, 1648-1989**. Cambridge ; New York: Cambridge University Press, 1991.
- HUMPHREY, John P. **On the Foundations of International Law**. *The American Journal of International Law*, v. 39, n. 2, p. 231–243, 1945. Retrieved from: <<https://www.jstor.org/stable/2192343>>. Last access: September 6, 2018.
- ISRAEL, Jonathan I. **Enlightenment Contested: Philosophy, Modernity, and the Emancipation of Man 1670-1752**. [s.l.]: Oxford University Press, 2006. Retrieved from: <<http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199279227.001.0001/acprof-9780199279227>>. Last access: September 17, 2018.
- JANIS, Mark W.; EVANS, Carolyn (Orgs.). **Religion and International Law**. Leiden ; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004.
- JANIS, Mark Weston. **A Sampler of Religious Experiences in International Law**. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2008. Retrieved from: <<https://papers.ssrn.com/abstract=1101749>>. Last access: May 21, 2018.
- JANIS, Mark Weston; KENNEDY, David; ARSANJANI, Mahnoush H.; *et al.* **Religion and International Law**. *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, v. 82, p. 195–220, 1988. Retrieved from: <<https://www.jstor.org/stable/25658424>>. Last access: September 29, 2018.
- KALMO, Hent; SKINNER, Quentin (Orgs.). **Sovereignty in Fragments: The Past, Present and Future of a Contested Concept**. Reprint edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- KOSKENNIEMI, Martti. **EMPIRE AND INTERNATIONAL LAW: THE REAL SPANISH CONTRIBUTION**. *University of Toronto Law Journal*, v. 61, n. 1, p. 1–36, 2011. Retrieved from: <<https://utpjournals.press/doi/10.3138/utlj.61.1.001>>. Last access: September 19, 2018.
- KOSKENNIEMI, Martti. **The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- LESAFFER, Randall (Org.). **Peace Treaties and International Law in European History: From the Late Middle Ages to World War One**. 1 edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- LÖWITH, Karl. **Meaning in History: The Theological Implications of the Philosophy of History**. Chicago; London: The University of Chicago Press, 1957.

- MANTELLI, Gabriel Antonio Silveira; BADIN, Michelle Raton Sanchez. **Repensando O Direito Internacional A Partir Dos Estudos Pós-Coloniais E Decoloniais**. *Prim@ Facie - Direito, História e Política*, v. 17, n. 34, p. 01–33, 2018. Retrieved from: <<http://www.periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/article/view/35667>>. Last access: September 19, 2018.
- MCCARNEY, Joseph. **Routledge Philosophy Guidebook to Hegel on History**. London ; New York: Routledge, 2000.
- MCSWEENEY, John. Foucault and Theology. **Foucault Studies**, v. 0, n. 2, p. 117–144, 2005. Retrieved from: <<https://rauli.cbs.dk/index.php/foucault-studies/article/view/863>>. Last access: September 19, 2018.
- MORAES, Manoel de. **Religion and Critical Theory in Max Horkheimer**. *e-Theologos*, v. 2, n. 2, p. 114–122, 2011. Retrieved from: <<https://content.sciendo.com/view/journals/etho/2/2/article-p114.xml>>. Last access: September 12, 2018.
- NICOLIS, Gregoire; NOCOLIS, G.; PRIGOGINE, Ilya. **Exploring Complexity: An Introduction**. First Edition edition. New York: St. Martin's Press, 1989.
- NIEBUHR, Reinhold; WEST, Cornel. **Moral Man and Immoral Society: A Study in Ethics and Politics**. 2 edition. Louisville, KY: Westminster John Knox Press, 2013.
- NIETHAMMER, Lutz. **Posthistoire: Has History Come to an End?** Trad. Patrick Camiller. London: Verso, 1994.
- NUSSBAUM, Arthur. **A Concise History Of The Law Of Nations**. 1st edition. [s.l.]: Macmillan Co, NY, 1947.
- OMAN, Nathan B. **International Legal Experience and the Mormon Theology of the State, 1945-2012**. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2015. Retrieved from: <<https://papers.ssrn.com/abstract=2550931>>. Last access: April 30, 2018.
- PADDEN, Robert Charles. **The Ordenanza del Patronazgo, 1574: An Interpretative Essay**. *The Americas*, v. 12, n. 4, p. 333–354, 1956. Retrieved from: <<https://www.jstor.org/stable/979082>>. Last access: September 13, 2018.
- PAZ, Reut Yael. **A Gateway between a Distant God and a Cruel World: The Contribution of Jewish German-Speaking Scholars to International Law**. Leiden ; Boston: Martinus Nijhoff, 2012.
- PHILPOTT, Daniel. **Revolutions in Sovereignty: How Ideas Shaped Modern International Relations**. First Edition edition. Princeton N.J: Princeton University Press, 2001.
- PINKER, Steven. **Enlightenment Now: The Case for Reason, Science, Humanism, and Progress**. S.l.: Penguin, 2019.
- SAVIĆ, Vanja-Ivan. **Still Fighting God in the Public Arena: Does Europe Pursue the Separation of Religion and State Too Devoutly or Is It Saying It Does Without Really Meaning It?** *BYU Law Review*, v. 2015, n. 3, p. 679–726, 2015. Retrieved from: <<https://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol2015/iss3/5>>. Last access: September, 21, 2018.
- SCHWARZ, Tanya B.; LYNCH, Cecelia. **Religion in International Relations**. Oxford Research Encyclopedia of Politics, 2016. Retrieved from: <<http://politics.oxfordre.com/view/10.1093/acrefore/9780190228637.001.0001/acrefore-9780190228637-e-122>>. Last access: September 6, 2018.
- SEARLE, John R. **The Construction of Social Reality**. New York: Free Press, 1997.
- STEMPEL, John D. **Faith and Diplomacy in the International System**. Retrieved from: <<http://www.uky.edu/~stempel/faith.htm>>. Last access: September 30, 2018.
- THOMAS. **The Intertwining of Law and Theology in the Writings of Grotius**. *Journal of the History of International Law / Revue d'histoire du droit international*, v. 1, n. 1, p. 61–100, 1999. Retrieved from: <<http://booksandjournals.brillonline.com/content/journals/10.1163/15718059920956689>>. Last access: September 22, 2018.
- TOYNBEE, Arnold J. **A Study of History, Vol. 1: Abridgement of Volumes I-VI**. New Ed edition. Oxford: Oxford University Press, 1987.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **Depois do Colonialismo Mental**. São Paulo-SP: Autonomia Literária, 2018.
- VAGTS, Alfred; VAGTS, Detlev F. **The Balance of Power in International Law: A History of an Idea**. *American Journal of International Law*, v. 73, n. 4, p. 555–580, 1979. Retrieved from: <<https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of>>

international-law/article/div-classtitlethe-balance-of-power-in-international-law-a-history-of-an-ideadiv/0E85B738554D09B6FBD6267799F414B2>. Last access: May 19, 2018.

VAN ECK, Nees Jan; WALTMAN, Ludo. **Visualizing Bibliometric Networks**. *In*: DING, Ying;

ROUSSEAU, Ronald; WOLFRAM, Dietmar (Orgs.). *Measuring Scholarly Impact: Methods and Practice*. Cham: Springer International Publishing, 2014, p. 285–320. Retrieved from: <https://doi.org/10.1007/978-3-319-10377-8_13>. Last access: September 30, 2018.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Brazilian literature on international law during the empire regime. Or the diffusion of international law in the peripheries through appropriation and adaptation

Literatura Brasileira sobre direito internacional durante o Império. Ou a difusão do direito internacional nas periferias através da apropriação e adaptação

Airton Ribeiro da Silva Júnior

Brazilian literature on international law during the empire regime. Or the diffusion of international law in the peripheries through appropriation and adaptation*

Literatura Brasileira sobre direito internacional durante o Império. Ou a difusão do direito internacional nas periferias através da apropriação e adaptação

Airton Ribeiro da Silva Júnior**

ABSTRACT

This essay attempts to understand the profile of Brazilian textbooks on international law published during the Brazilian Empire (1822-1889), in order to comprehend which doctrines and influences can be traceable in the Brazilian legal literature. In this sense, the article focused on the entanglements between Western and Brazilian knowledge, privileging the conception of moderation between cultures rather than unilateral imposition or reproduction - interpretations that eventually prevails on the study of diffusion of knowledge in legal history. The research revealed that all of the three textbooks that had been published during the Imperial political regime (1851, 1867, 1889) shared, in general, the same characteristics: all of them had been written by professors of the Faculty of Recife, they were all prepared to serve as textbooks to the discipline of international law, and the three books followed the *Droit des Gens Moderne de l'Europe* written by the German jurist Johann Ludwig Klüber. In fact, the very first book of international law published in Brazil, written by Pedro Autran da Matta Albuquerque, is an *abridged translation* of Klüber's book. The history of the discipline and the bibliography of international law in nineteenth-century Brazil had been neglected; the present essay modestly attempts to fulfil this gap narrating the diffusion of international law from an extra-European standpoint.

Keywords: legal history – international law – Brazilian legal literature – Brazilian Empire – plagiarism

* Recebido em: 20/09/2018
Aprovado em: 11/02/2019

** Doutor em Teoria e História do Direito pela Università degli studi di Firenze. Mestre em Direito e Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor da Faculdade Paraíso do Ceará. Coordenador do Iure populum - Grupo de pesquisa em História da Cultura Jurídica CNPq/FAP-CE. E-mail: ribeiro.airton@hotmail.com

RESUMO

O presente ensaio pretende entender o perfil dos livros brasileiros sobre direito internacional publicados durante o período do Império (1822-1889), a fim de compreender quais doutrinas e influências podem ser traçáveis na literatura jurídica brasileira. Nesse sentido, o artigo foca nos enredamentos entre o conhecimento brasileiro e o ocidental, privilegiando o conceito de

moderação entre culturas ao invés da imposição unilateral ou mera reprodução – interpretações que eventualmente prevalecem no estudo da difusão do conhecimento na história do direito. A pesquisa revelou que os três livros-texto que foram publicados durante o regime político do Império (1851, 1867, 1889) compartilham as mesmas características: todos os três foram escritos por professores da Faculdade de Direito do Recife, todos foram preparados para servir no ensino da disciplina de direito internacional, e todos seguem o livro *Droit des Gens Moderne de l'Europe* escrito pelo jurista alemão Johann Ludwig Klüber. Na verdade, o primeiro livro de direito internacional publicado no Brasil, escrito por Pedro Autran da Matta Albuquerque, é uma tradução abreviada do livro de Klüber. A história da disciplina e a bibliografia do direito internacional no Brasil do século dezenove tem sido negligenciada; o presente ensaio procura modestamente preencher esse hiato, narrando a difusão do direito internacional a partir de uma perspectiva não europeia.

Palavras-chave: história do direito – direito internacional – literatura jurídica brasileira – Brasil-Império – plágio

1. INTRODUCTION

The essay attempts to understand the *profile* of Brazilian legal literature on international law published during the Monarchy, focusing particularly on the textbooks written by Brazilian jurists that appeared between 1822 and 1889. The problem raised by this research can be summed up in the following questions: *what* was taught through the textbooks of international law published during the Imperial Regime in Brazil (1822-1889), and *which* was the doctrine of international law and influences predominant in those books? Since the international law was not a branch of *domestic law*, but an exogenous body of norms formed hitherto without the participation of Brazil, the legal doctrine produced in Brazil probably would resemble a Western one. The idea, therefore, was to comprehend the traceable influences – even if it is a notoriously vague notion, and possibly problematic – in those textbooks.

The only three textbooks published in Brazil and

written by Brazilians¹ in that time were: *Elementos do Direito das Gentes* (1851)² by Pedro Autran da Matta Albuquerque (1805-1881), *Preleções de Direito Internacional* (1867)³ by Antônio Menezes Vasconcelos de Drummond (1794-1865) and finally, *Lições de Direito das Gentes* (1889)⁴ by João Silveira de Souza (1824-1906). The scene of that period was dominated by the professors of the Faculty of Recife, whose intention was to provide materials to serve in the teaching of international law. Those books - attached more to the *eloquent paradigm*⁵ - were characterised by a direct and synthetic register, with few references.

As a matter of fact, those three first books written in Brazil, concerning the international law, were deliberately and explicitly prepared for education purposes, as its prefaces made it clear. These books were usually short, and the explanations summarised, serving only as a general introduction to the discipline. As it will be explained, all of the three textbooks that had been published during the Imperial political regime (1851, 1867, 1889) shared, in general, the same characteristics: all of them had been written by professors of the Faculty of Recife, they were all prepared to serve as textbooks to the discipline of international law, and the three books followed the *Droit des Gens Moderne de l'Europe* written

1 There was also the four-volume collection of treaties celebrated by Brazil, gathered by the Director of the Brazilian Empire Archive, PINTO, Antonio Pereira, **Apontamentos para o Direito Internacional**, Rio de Janeiro: F. L. Pinto & Cia, 1864. Nevertheless, it was a compilation of treaties, not a textbook.

2 ALBUQUERQUE, Pedro Autran da Matta, **Elementos do Direito das Gentes**, Recife: Typographia União, 1851.

3 DRUMMOND, Antônio de Vasconcelos Menezes de, **Preleções de Direito Internacional**, Recife: Typographia do Correio do Recife, 1867.

4 SOUZA, João Silveira de, **Lições Elementares de Direito das Gentes**, Recife: Typographia Economica, 1889.

5 The *eloquent-forensic* paradigm had been in force during the nineteenth century as a cultural framework that oriented and constrained the practices and ideas of the jurists at large. The archetype of jurist within this paradigm was the practical jurist, who privileged the spoken word over the written. Educated and skilled in giving eloquent speeches, the jurist, a lettered man, monopolized the pulpit at different instances, either in the tribunal, in the parliament or the classroom. Cf. PETIT, Carlos, **Discurso sobre el discurso. Oralidad y escritura en la cultura jurídica de la España liberal**, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2014; BENEDEUCE, Pasquale, **Il corpo eloquente. Identificazione del giurista nell'Italia liberale**, Bologna: il Mulino, 1996. The importance of orality and eloquence in Brazilian culture, as a whole, had been stressed by many historians, such as HOLANDA, Sérgio Buarque de, **Raízes Do Brasil**, São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 83; CARVALHO, José Murilo De, *História intelectual no Brasil: a retórica como chave de leitura*, **Topoi**, v. 2, n. 1, p. 123–152, 2000, p. 123–152.

by the German jurist Johann Ludwig Klüber. The similarities between those three books, actually, justifies the periodisation elected here – the Brazilian Empire (1822-1889) –, since this group of books will differ from those that appeared later in the end of nineteenth century.

The essay is concerned with the possible entanglements between Western and Brazilian knowledge. On the whole, the diffusion of international law is conceived as an imposition from the West to the rest, or a simple and passive reproduction by the peripheries. However, this conception tends to disregard the unavoidable interactions that happen in that process, which hardly is a pure one-way transfer or a mere and full reproduction. Therefore, this article is sensible to the intricate relations, and as consequence, tends to emphasize the *mediation* promoted by the Brazilian jurists between the European doctrine and the Brazilian context. If peripheral jurists assimilated European legal models, then the task of the legal historian is to understand how this appropriation has taken place⁶, how those exogenous theories were adapted, manipulated, arranged or instrumentalised according to their political interests.

The constant resort to the Western legal culture – including here the United States –, as the archetype of a legal system, to be followed and appropriated, or simply serve as an authoritative source, resulted in being a general characteristic of the Latin American legal culture. It follows what Sally Merry Eagle sustained: “culture is the product of historical influences rather than evolutionary change, [...] marked by *hybridity* and *creolisation* rather than uniformity and consistency.”⁷ Consequently, a legal culture is inevitably a coalescence of different understandings and practices of law arranged and juxtaposed. This is the case especially in a peripheral context, where a paradox emerged immediately after the act of Independence: in a nationalist tone, the project of nation-building to forge a – never existing before – national identity, pushed them away from the metropolitan culture; notwithstanding the Western culture never ceased to be the parameter and reference. This paradox is destined to influence the practices and production of

legal doctrine throughout the nineteenth-century.

Few narratives have been written regarding the emergence of the discipline inside newly independent states from a non-Eurocentric perspective, this is, an account of the international law seen from an extra-European standpoint.⁸ As remembered by Arnulf Becker Lorca, “[...] the ignorance of our non-Western past is not accidental.”⁹ After all, for the conventional history of the discipline, the expansion of international law until universalization has been conceived as a unilateral and imposed process, where postcolonial states had only a submissively role: to adhere to an established set of rules *in toto*. Under these circumstances, the centrality of Western contexts of practice is always overemphasized, whereas it minimises the practices of international law outside the West.¹⁰

Accounting these systematic bias and suppressions that international law’s history has been presenting, there is a severe demand to refresh this hegemonic, self-legitimising and celebratory version of the international law’s past. Hence, there is a need for divergent narratives capable of defying the centrality of Western point of view and that reveal the ethnocentric character of a supposedly universal tradition. Nevertheless, it is not a matter of reviewing those mainstream narratives with a proper historical method, but of privileging histories that have been intentionally set aside of the disciplinary *canon*, in order to provide a more complex – and not so ‘pure’ and self-confident – panorama of international law’s past.¹¹ In essence, the task consists in moving from *a history* to *histories* of international law.¹²

8 LORCA, Arnulf Becker, **Mestizo International Law. A Global Intellectual History 1842-1933**, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 9–24.

9 *Ibid.*, p. 16.

10 LORCA, Arnulf Becker, Eurocentrism in the history of international law, *in*: PETERS, Anne; FASSBENDER, Bardo (Orgs.), **The Oxford Handbook of the History of International Law**, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1035.

11 GALINDO, George Rodrigo Bandeira, Para que serve a história do direito internacional?, **Revista de Direito Internacional**, v. 12, n. 1, p. 339–354, 2015, p. 343–344.

12 In the same sense, Galindo argued: “O historiador crítico do direito internacional também possui importante função ética de apresentar o passado não como ele naturalmente é, mas como o historiador o vê.²⁷ Trata-se de compromisso com o pluralismo de valores e o pluralismo de narrativas. Não há interpretações infalíveis ou indiscutíveis. O passado pode (e deve) ser visto de maneiras diferentes.” GALINDO, George Rodrigo Bandeira, Para que serve a história do direito internacional?, **Revista de Direito Internacional**, v. 12, n. 1, p. 349.

6 Cf., an example of it: SAMPAIO DE MORAES GODOY, Arnaldo, The reception of European ideas in Latin America: the issue of the German sources in Tobias Barreto, a prominent nineteenth century Brazilian legal scholar, **Revista de Direito Internacional**, v. 13, n. 1, p. 399–404, 2016.

7 MERRY, Sally, What is Legal Culture? An anthropological Perspective, **Journal of Comparative Law**, v. 5, n. 2, p. 40–58, 2012, p. 42.

Since the so-called *turn to history*¹³ - associated with a *postcolonial turn*¹⁴ - within contemporary international law scholarship, more narratives aware of the Eurocentrism of the discipline have been written, denouncing how particularistic are some supposedly universal categories of international law. However, even if those narratives dealt with this problem and intended to overcome it, they discussed only Western themes¹⁵ - events, doctrines, or authors, all European.¹⁶ Thus, despite not being necessarily Eurocentric, they still are parochial. Indeed, few historical narratives have been written taking non-European sources as an object of research and assuming a point of view from outside Europe, especially when regards to Latin American practices of international law;¹⁷ and it is precisely this hiatus in inter-

13 GALINDO, George Rodrigo Bandeira, Martti Koskeniemi and the historiographical turn in international law, **European Journal of International Law**, v. 16, n. 3, p. 539–559, 2005.

14 Represented by the new trend in international law called Third World Approaches to International Law. Cf. OKAFOR, Obiora Chinedu, Critical Third World Approaches to International Law (TWAIL): Theory, Methodology, or Both?, **International Community Law Review**, v. 10, n. 4, p. 371–378, 2008; ANGHIE, Antony, TWAIL: Past and Future, **International Community Law Review**, v. 10, n. 4, p. 479–481, 2008; CHIMNI, Bhupinder S., Abordagens Terceiro-Mundistas para o Direito Internacional: um manifesto, **Revista de Direito Internacional**, v. 15, n. 1, 2018.a methodology, or both. It takes the mainstream positivist understandings of the concepts of “theory” and “methodology” seriously in order to assess TWAIL scholarship against those (admittedly contingent

15 Clara Kemme pointed that “*While at present international law is accepted as a universal order, the study of its history is often geographically limited to Europe and thus strongly regionalized*”. KEMME, Clara, The History of European International Law from a Global Perspective: Entanglements in Eighteen and Nineteenth Century India, *in*: DUVE, Thomas (Org.), **Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches**, Frankfurt am Main: Max Planck Institute for European Legal History, 2014, p. 490.

16 Taking two founders of discursivity as example, KOSKENIEMI, Martti, **The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law. 1870-1960**, Cambridge: Cambridge University Press, 2004. and ANTONY ANGHIE, **Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law**, Cambridge: Cambridge University Press, 2004. albeit dealing with themes like colonialism and imperialism, they both remained discussing Western authors and doctrines.

17 The number of studies specifically dealing with this region is much lesser in comparison with the Arab and Asian worlds; but it can be cited, for instance, the relevant works of OBREGÓN, Liliana, Construyendo la Región Americana: Andrés Bello y el Derecho Internacional, **Revista de Derecho Público de la Universidad de Los Andes**, v. 24, p. 1–22, 2010; OBREGÓN, Liliana, Creole Consciousness and International Law in Nineteenth Century Latin America, *in*: ORFORD, Anne (Org.), **International Law and Its Others**, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 247–264; OBREGÓN, Liliana, Carlos Calvo y la profesionalización del Derecho internacional, **Revista Latinoamericana de Derecho Inter-**

national legal history that this essay modestly attempts to help fulfil.

2. PEDRO AUTRAN DA MATTA ALBUQUERQUE AND KLÜBER'S *DROIT DES GENS DE L'EUROPE*: A HISTORY OF APPROPRIATION AND ADAPTATION

‘Elementos do Direito das Gentes’ written by the professor at the Faculty of Recife, Pedro Autran da Matta Albuquerque, had been the first book about international law published in Brazil.¹⁸ It was one more book for the fertile intellectual production of the professor, who had written other four textbooks for at least four other disciplines, beyond other intellectual productions and translations. Pedro Albuquerque graduated from the University of Aix-en-Provence, mastering the French-language; skill that, together with his dedication to the teaching activity, allowed him to translate a few books from this language. In effect, he was a prolific writer. His works started with a translation of Stuart Mill’s *Principles of Political Economy*¹⁹, prepared in 1832 to

nacional, p. 1–23, 2016; LORCA, Arnulf Becker, International Law in Latin America or Latin American International Law? Rise, Fall, and Retrieval of a Tradition of Legal Thinking and Political Imagination, **Harvard International Law Journal**, v. 47, n. 1, p. 283–305, 2006; LORCA, Arnulf Becker, **Alejandro Alvarez Situated: Subaltern Modernities and Modernisms that Subvert**, [s.l.: s.n.], 2006; SCARFI, Juan Pablo, **El imperio de la ley. James Brown Scott y la construcción de un orden jurídico interamericano**, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2014; SCARFI, Juan Pablo, **The Hidden History of International Law in the Americas: Empire and Legal Networks**, Oxford: Oxford University Press, 2017.

18 There is only one book that it could be found the record, but not the physical book; thus, the content of it remained inaccessible. It is the ‘*Noções Elementares do Direito das Gentes para uso dos alumnos da escola militar*’ (1851) by Pedro Alcantara Bellegarde (1807-1864). The book is mentioned by JACOBINI, H.B., **A Study of the Philosophy of International Law as Seen in Works of Latin American Writers**, The Hague: Martinus Nijhoff, 1954, p. 153.; however, he could not see the book either. Even the National Library of Brazil did not have a copy of this book. According to the biographer Sacramento Blake, Pedro Alcantara Bellegarde had a military career, being Marshal and professor at the Military School. He wrote various books on mathematics to this school. Since he was not jurist, and his book had not been used in the law schools, the absence of the mentioned book is not a cause for concern and can be disregarded for the purposes of this essay. BLAKE, Sacramento, **Diccionario Bibliographico Brasileiro. Vol. 1-7**, Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1883, v. 7, p.8–11.

19 HALLEWELL, Laurence, **O Livro no Brasil: Sua História,**

serve as a textbook for the discipline of Political Economy – what displeased the full professor of the chair.²⁰ He also published *Direito Natural Privado*, a translation of Francisco Nobre Zeiller (*sic*)²¹ that had been used in the chair of the first year of the law school, as he after stated in the foreword of his *Elementos de Direito Natural Privado*.

In 1851, Pedro Autran would publish then his *Elementos do Direito das Gentes*, the first Brazilian textbook on international law. As it will be explored in this essay, the book to some extent set a tradition in the Faculty of Recife since the following two books on the subject, also written by professors, expressly took it as a reference and adopted the same division of contents.

Surely, Pedro Albuquerque was committed to accomplishing the assignment commanded by the statute that the professors should choose the appropriate textbook or compose one if inexistent. Considering that there was no book on international law in Portuguese-language, Pedro Albuquerque arranged his own.

However, that book published in 1851 by Pedro Autran Albuquerque was, in reality, an *abridged translated version* of a well-known book at the time - even in Brazil – published thirty years earlier: the ‘*Droit des gens moderne de l’Europe*’ by the German jurist and diplomat Johann Ludwig Klüber.

The first resemblance between the two books is the disposition and organisation of the topics. Pedro Albuquerque followed the same scheme established by Klüber, dividing the contents according to the rights of the States. The first part of both books was an introduction with preliminary notions, such as the concept of state, law of nations and sovereignty. Then, in the second part

of Klüber’s textbook, it came the rights of the States: a) *Droit absolu des états de l’Europe entr’eux*, b) *Droits hypothétiques des états de l’Europe entr’eux*, subdivided in b.1) *Droits des états dans leurs rapports pacifiques*, and b.2) *Droits des états dans l’état de guerre*.²² By its turn, in the Albuquerque’s book, the content was divided into the three following sections: a) *Direito absolutos dos Estados*,²³ b) *Direitos condicionais dos Estados em suas relações pacíficas*,²⁴ c) *Direitos dos Estados em suas relações hostis*.²⁵ The similarity between the two tables of contents is straightforwardly noticed; the only difference is that Pedro Albuquerque suppressed the references to Europe in his titles – by the way, he also did it within the text, eliminating almost all reference to States, wars and any other reference that could contextualise the law.

Klüber was part of a ‘positivist’ tradition, responsible for a particularisation of the international law, from the universal *ius gentium* to a regional *ius publicum europaeum*, as the titles of their books let clear.²⁶ The particularisation had to do with the emergence and consideration of the treaty and the state practice as privileged sources of the law. In fact, from the end of eighteenth century on, it will raise the number of authors focusing on state practice, forming a new branch of the law of nations, known as *Droit public de l’Europe*.²⁷ As Wijffels comments:

*Treaty practice gave rise, during the early-modern period, to comparatively new genres of works. Diplomats wrote extensively literary reports, or published original sources (such as correspondence) with regard to negotiations which they had attended. Collections of treaties, at first mostly with respect to a particular nation, but later including most European nations, grew within a few generations to multi-volume scholarly editions of such primary sources of diplomatic practice and international law. By the 18th century, when the first modern codifications appeared in the domestic legal systems of some Western European countries, these series of collected treaties were sometimes likened to the ‘code’ or ‘statute-book’ of the European law of nations.*²⁸

2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005, p. 189.

20 BEVILAQUA, Clovis, **História da Faculdade de Direito do Recife**, Brasília: Instituto Nacional do Livro, Conselho Federal de Cultura, 1977, p. 36.

21 It is probably the translation of Franz von Zeillen’s *Das natürliche Privat-Recht*, published in 1802. Preliminarily, it is unlikely that Pedro Autran could translate from German-language; judging by the way that he referred the author - Francisco Nobre Zeillen – and by the availability of the books, it can be assumed that he translated from an Italian version, since, by the 1830s, that were already three editions of ‘*Il diritto privato naturale*’, by the so-called Francesco Nobile de Zeiller. In fact, the library of the Faculty of Recife has a copy of the Italian edition, published in Milan, in 1830, and translated by Giovanni Silvestri. About Zeiller, cf KOHL, G, Zeiller, Franz von (1751-1828), in: STOLLEIS, Michael (Org.), **Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert**, München: Beck, 1995, p. 668–70.

22 KLÜBER, Johann Ludwig, **Droit des gens moderne de l’Europe**, Stuttgart: J.G. Cotta, 1819, p. 9–10.

23 ALBUQUERQUE, Pedro Autran da Matta, **Elementos do Direito das Gentes**, Recife: Typographia União, 1851. p. 6.

24 ALBUQUERQUE, Pedro Autran da Matta, **Elementos do Direito das Gentes**, Recife: Typographia União, 1851. p. 16.

25 ALBUQUERQUE, Pedro Autran da Matta, **Elementos do Direito das Gentes**, Recife: Typographia União, 1851. p. 53.

26 VEC, Miloš, Universalization, Particularization, and Discrimination. European Perspectives on a Cultural History of 19th century International Law, **InterDisciplines**, v. 2, p. 79–102, 2012, p. 84–86.

27 STEIGER, H., From the International Law of Christianity to the International Law of the World Citizen, **Journal of the History of International Law**, v. 3, n. 2, p. 180–193, 2001, p. 187.

28 WIJFFELS, Alain, Early-modern scholarship on international law, in: ORAKHELASHVILI, Alexander (Org.), **Research Hand-**

The works of Georg Friedrich von Martens (1756-1821), Gabriel Bonnot de Mably (1709-1785), Johann Ludwig Klüber (1726-1837) were circumscribed within this context. From the consideration of a significant amount of data on state practice – Martens *Recueil de Traités*, for example, reached 126 volumes²⁹ –, they extracted the principles and general rules of positive law of nations. This movement towards a systematization of the available sources at the international stage went along, by some means, with the process of codification of the law at the national level, in a similar pursuit for certainty, simplicity and systematicity for the multiplicity of scattered sources. In brief, their concern was practice; both as a source for their concept of law, as the audience that they were writing to. As Nuzzo summarised, that branch “nasceva dagli sforzi della diplomazia e ad essa era destinato.”³⁰

Although the background of those authors could remain jusnaturalistic, it was the beginning of the loss of natural law’s persuasive power³¹, and consequently, its characteristic universalism. By the same token, the consideration of state practice directed the foundations of international law towards a more regional normativity, applied only to those recognized as states and that shared common values. Miloš Vec pointed that “for the most of these authors the claim of Europeanism was so explicit and self-evident that they did not bother with many words of justification”; and it was the case of Klüber’s textbook.³²

Thus, Pedro Albuquerque had to omit the explicit references to Europe. The strategy may seem simple, but is symbolically remarkable, once with it, he was extending the validity of the international law beyond the particularised region theorised by Klüber, to include Brazil, and, as a consequence, universalising the international law once more. The facts that there was a

Monarchical regime in Brazil³³ - with a European royal lineage -, and – besides the intricated relation between the Church and the new State – the Catholicism was conceived as the main religion, bonded the new Brazilian State to the European culture, facilitating its link to a legal system that was based on a common heritage and shared values.³⁴ The Brazilian elite felt as inheritors of that culture.³⁵

Following the tradition of Europeanism mentioned above, the first part of Klüber’s treatise was dedicated to the history of European States, narrating its development and classifications.³⁶ The Brazilian professor, though, skipped these chapters, going directly to the principles and rules of the law of nations.

From then onwards, Pedro Albuquerque followed precisely the contents as exposed by Klüber, each chapter and paragraph in the same order. As it will be exposed, he summarised the book of the German author, suppressing all the footnotes, simplifying more detailed explanations, and skipping some additional classifications. The footnotes played an important role on the *‘Droit des gens moderne de l’Europe’*, because while in the text Klüber explained objectively the rights and rules of the law of nations, in the footnotes he used to make references to other works, and - most important - he contextualized the rules with real historical cases. Thus, by suppressing these notes, the book was turned in an objective and decontextualized exposition of norms of international law.

The most appropriate - and necessary - method to expose the similarities between the two texts is simply to compare them. Hence it will be quoted some passages from both texts. For example, when Pedro Albu-

book on the **Theory and History of International Law**, Cheltenham, Nothampton: Edward Elgar Publishing, 2011, p. 47.

29 KOSKENNIEMI, Martti, *Into Positivism: Georg Friedrich von Martens (1756-1821) and Modern International Law*, **Constellations: An International Journal of Critical & Democratic Theory**, v. 15, n. 2, p. 189–207, 2008, p. 195.

30 NUZZO, Luigi, **Origini di una Scienza. Diritto internazionale e colonialismo nel XIX secolo.**, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2012, p. 14.

31 KOSKENNIEMI, *Into Positivism: Georg Friedrich von Martens (1756-1821) and Modern International Law*.

32 VEC, *Universalization, Particularization, and Discrimination. European Perspectives on a Cultural History of 19th century International Law*, p. 86.

33 SANTOS, Luís Cláudio Villafañe G., **O Brasil entre a América e a Europa**, São Paulo: UNESP, 2004, p. 35–38.

34 NUZZO, **Origini di una Scienza. Diritto internazionale e colonialismo nel XIX secolo.**, p. 9–23.

35 It was a vivid feature of the Brazilian legal culture in the nineteenth-century, where jurists simultaneously sought its own identity and autonomy, yet always endorsing the European pattern. As Joaquim Nabuco (1849-1910), a notorious jurist, politician, and diplomat, writing in 1893, felt: “O sentimento em nós é brasileiro, a imaginação europeia.” And yet: “Nós brasileiros – o mesmo pode-se dizer dos outros povos americanos – pertencemos à América pelo sedimento novo, flutuante do nosso espírito, e à Europa, por suas camadas estratificadas. Desde que temos a menor cultura, começa o domínio destas sobre aquele.” NABUCO, Joaquim, **Minha formação (1893)**, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015, p. 58, 57.

36 KLÜBER, Johann Ludwig, **Droit des gens moderne de l’Europe**, Stuttgart: J.G. Cotta, 1819, p. 24–68.

querque, in the chapter about the treaties, explains the essential conditions to the validity of a treaty, he used these words:

*O consentimento reciproco e livre das partes contractantes he huma condição essencial a validade de todo o tratado. Não ha verdadeiro consentimento, se elle foi dado por erro, ou por dolo. Para haver consentimento he necessario que a promessa feita por huma das partes seja acita pela outra. O consentimento he livre, se não foi extorquido por huma violencia injusta. A violência em defeza de hum direito, quando não passa dos limites que o exercicio do direito exige, não vicia o consentimento.*³⁷

Whereas Klüber, for the same topic, wrote the following:

*Le consentement libre et réciproque, expresse ou tacite, des différentes parties contractantes, eu aussi une condition essentielle pour la validité d'un traité public. En conséquence, de simples négociations, des communications purement préparatoires, ne sont, d'après leur nature même, nullement obligatoires. Il n'y a point de vrai consentement non plus, s'il a été donné par erreur, ou si la partie a été surprise par dol, pourvu que dans ce dernier cas elle ait été uniquement déterminée par les manœuvres pratiquées; la lésion de l'une des parties en cas d'échange, résultante de la différence de valeur en argent des objets échangés, ne vient point en considérations.*³⁸

It can be noticed that, in the case above, Pedro Albuquerque followed the same reasoning, although without using exactly the same words. Nevertheless, other passages, such as the following, that apparently are a literal translation of Klüber's text:

*He tambem necessario, para que hum tratado obrigue huma nação, que a **promessa por ella feita se possa cumprir**, isto he, que não haja impossibilidade **physica**, ou **moral** de a cumprir. A impossibilidade he physica, quando, hum dos pactuantes se obriga ao que não pode satisfazer, por lhe faltarem meios physicos dependentes da sua vontade. Haveria impossibilidade moral se o cumprimento da promessa offendesse direitos de terceiro.*³⁹

While in Klüber's 'Droit des gens moderne de l'Europe':

*Il faut encore pour qu'un traité oblige les parties contractantes, que **les promesses données de part et d'autre puissent être remplies**. a) Il ne doit y avoir impossibilité de l'exécution, ni **physique** ni **morale**. Une clause physiquement impossible à exécuter serait celle, à laquelle celui qui s'y serait engagé ne pourrait nullement satisfaire, faute de moyens physiques dépendans de lui. Il y aurait impossibilité morale, si*

*l'accomplissement de la promesse devait entraîner la lésion des droits d'un tiers.*⁴⁰

Beyond the undeniable likeness among the two quotes, what is most remarkable in this passage is that Pedro Albuquerque even highlighted the phrase identically as Klüber did in his book: '*promessa por ella feita se possa cumprir*' and '*les promesses données de part et d'autre puissent être remplies*'. In other cases, the Brazilian author chose to summarize the idea instead of simply translating Klüber's narrative. So, Pedro Albuquerque initiated in a similar way, then avoided the detailed explanation from the original; like the next quotation:

*O tratado de garantia he hum dos contractos internacionaes mais usuaes. He o contracto pelo qual hum Estado promete ajudar outro, se for interrompido, ou ameaçado de ser perturbado por outra potencia no gozo pacifico de tal ou tal direito. A garantia he applicavel a toda a especie do direito: á posse e aos limites dos territorios, á soberania do Estado, á constituição do seu governo, aos direitos de sucessão, etc., porém mais communmente aos tratados de paz. Pode tambem conter-se em huma convenção distincta e separada, ou ser comprehendida no mesmo tratado principal.*⁴¹

As can be seen, the wording of Klüber for the same topic was more extensive:

*L'une des plus usitées des conventions dont nous nous occupons, est la garantie a) proprement dite, par laquelle un état promet de prêter secours à un autre état, dans le cas que celui-ci serait lésé ou menacé d'un préjudice dans l'exercice de certains droits b), par le fait d'une tierce puissance. La garantie est toujours promise par rapport à une tierce puissance, de la part de laquelle il pourrait être porté préjudice à des droits acquis. Elle peut donc être admise, comme moyen de sûreté, dans toute obligation existante entre deux ou plusieurs états c), hors le garant; nommément dans celles résultantes du voisinage et de la situation ou possessions des territoires, de la souveraineté, de la constitution de l'état, du droit de succession au trône, etc. d) Elle est la plus usitée cependant dans les traités de paix. e) La formation du contrat de garantie dépend de la libre volonté du garant, et de la puissance à qui elle est promise. La promesse peut être fait non-seulement à la puissance dont elle garantit les droits mais aussi, en faveur de celle-ci à une tierce puissance. f) De même, l'obligation de conclure le traité de garantie avec une puissance, peut être établie par un traité avec un autre. Le consentement de celui contre lequel la garantie est stipulée, n'est point requis pour sa validité; cependant il peut être utile qu'il en ait connaissance.*⁴²

The same strategy can be seen in the next passage, where Pedro Albuquerque suppressed some phrases,

37 ALBUQUERQUE, Pedro Autran da Matta, **Elementos do Direito das Gentes**, Recife: Typographia União, 1851. p. 22.

38 KLÜBER, Johann Ludwig, **Droit des gens moderne de l'Europe**, Stuttgart: J.G. Cotta, 1819. p. 226.

39 ALBUQUERQUE, Pedro Autran da Matta, **Elementos do Direito das Gentes**, Recife: Typographia União, 1851. p. 23.

40 KLÜBER, Johann Ludwig, **Droit des gens moderne de l'Europe**, Stuttgart: J.G. Cotta, 1819. p. 228.

41 ALBUQUERQUE, Pedro Autran da Matta, **Elementos do Direito das Gentes**, Recife: Typographia União, 1851. p. 28.

42 KLÜBER, Johann Ludwig, **Droit des gens moderne de l'Europe**, Stuttgart: J.G. Cotta, 1819. p. 247.

without changing the general idea:

*Quando hum tratado publico apresenta hum sentido dubio, a interpretação authentica não pode ser dada senão pelas mesmas partes contractantes, ou por aquelle em quem ellas se louvão. O terceiro escolhido para interpretar o tratado deve firmar-se nas regras geraes da interpretação.*⁴³

*Lorsqu'un traité public présente un sens douteux, il ne peut recevoir d'interprétation authentique que par une déclaration des parties contractantes, ou de ceux, à l'arbitrage desquels elles en ont appelé. La question préalable même, de savoir si le sens est douteux, ne peut être décidée que par une pareille convention. L'interprétation faite immédiatement par les parties contractantes, peut être revêue de toute forme qui constitue en général la validité d'un traité public; elle peut se faire particulièrement dans un reces supplémentaire ou traité explicatif. a) Le tiers, au jugement duquel l'interprétation est soumise, doit s'appuyer des règles générales de l'interprétation grammaticale et logique.*⁴⁴

Conversely, some other topics were fully and simply translated, without adaptations, even larger passages.⁴⁵

43 ALBUQUERQUE, Pedro Autran da Matta, **Elementos do Direito das Gentes**, Recife: Typographia União, 1851. p. 33.

44 KLÜBER, Johann Ludwig, **Droit des gens moderne de l'Europe**, Stuttgart: J.G. Cotta, 1819. p. 258.

45 As can be observed here: "Os ministros publicos gozão de certas prerrogativas derivadas do direito das gentes, tanto natural como positivo. Huma das mais importantes he a inviolabilidade. Desde que hum governo reconhece-o publicamente hum ministro estrangeiro como representante immediato do seu soberano, toda a violação dos direitos inherentes a essa qualidade, cometida no seu territorio, deve considerar-se como offensa ao soberano do ministro. He por conseguinte muito do interesse do governo, não só prevenir, quanto puder, toda a violação desta especie, como tambem punil-a severamente, se ella se der. O estado de maior segurança, que daqui resulta para o ministro, constitue a sua inviolabilidade, ou também considerar esse estado de segurança como cousa sagrada. Esta inviolabilidade, ou protecção particular, he devida aos ministros das tres classes. Ella estende-se a todos os actos do ministro em razão do seu officio; e, segundo o direito das gentes moderno, he respeitada até em caso de rompimento com o seu governo, e depois de já começadas as hostilidades." ALBUQUERQUE, Pedro Autran da Matta, **Elementos do Direito das Gentes**, Recife: Typographia União, 1851. p. 42. Just like Klüber wrote: "Les ministres publics jouissent de certaines prérogatives dérivées du droit des gens, tant naturel que positif. a) L'une des plus importantes c'est leur inviolabilité. Dès qu'un gouvernement a publiquement reconnu un ministre étranger en sa qualité de représentant immédiat de son souverain, toute violation des droits attachés à cette qualité b), qui est commise dans son territoire, doit être considérée comme une offense faite au souverain du ministre même. Il est par conséquent fort l'intérêt du gouvernement, non seulement de prévenir, autant que possible, toute violation de cette espèce, mais aussi de la punir sévèrement comme délit contre l'état, si néanmoins elle aurait eu lieu. L'état de plus grande sûreté que en résulte pour le ministre, s'appelle son inviolabilité, dans le sens éminent ou du droit des gens c) ou bien aussi la sainteté du ministre, parce qu'il est de l'intérêt commun des nations d'envisager cet état de sûreté comme une chose sacrée. Cette inviolabilité ou protection particulière, est due aux ministres des trois classes. d) Elle s'étend sur toute l'activité officielle du ministre, et principalement sur ses fonctions diplomatiques, e) un entier

This considerable quantity of quotations makes clear that examples of very similar writing can be found over the entire book; the following passage, just to illustrate it, is almost in the end of Pedro Albuquerque's textbook:

*Huma clausula essencial aos tratados de paz, e que por conseguinte está subentendida, quando não he expressa, he a amnistia. Entende-se por amnistia a declaração de ambas as partes, pela qual considerão suas inimidades como completamente terminadas e abolidas, e promettem reciprocamente esquecer-se do que motivou a guerra, e dos males que esta lhes causou, para nunca mais servirem de causa, nem pretexto para huma nova guerra.*⁴⁶

*Une clause essentielle dans tout traité de paix, et par conséquent supposée tacite, si elle n'est point exprimée et que le traité n'en dispose autrement, c'est l'amnistie a) (lex oblivionis). On entend par-là la déclaration de deux parties d'après laquelle elles regardent leurs inimitiés comme entièrement terminées et abolies, et se promettent réciproquement qu'elles ne serviront jamais de cause ni de prétexte à une nouvelle guerre. Ce qui n'a point été cause, ni objet de la guerre, n'est point compris dans l'amnistie.*⁴⁷

Once it was not a declared translation, Pedro Albuquerque was free to manipulate the text and choose which part he would use and which he would skip. In this path, he could suppress all the footnotes and some depth explanations, turning a book with more than five-hundred pages in a less than hundred pages book. Whereas a genuine translation requires to some extent an adherence to the original text,⁴⁸ the work implemented by Pedro Albuquerque liberated him from the mandatory loyalty to the translated book.

The *Droit des gens moderne de l'Europe*, in fact, is deeply based on previous works and cases, either to support his arguments, as to show contrary opinions. Conversely, in the *Elementos do Direitos das Gentes*, Pedro Albuquerque barely mentioned other works; there are only some references to Schmalz,⁴⁹ Vattel,⁵⁰ Bynkershoek.⁵¹ However,

sauf-conduit lui est dû pendant tout son voyage, passage, et séjour officiels dans le territoire de l'état f), même lorsque la guerre entre les deux états aurait éclaté." KLÜBER, Johann Ludwig, **Droit des gens moderne de l'Europe**, Stuttgart: J.G. Cotta, 1819. p. 320.

46 ALBUQUERQUE, Pedro Autran da Matta, **Elementos do Direito das Gentes**, Recife: Typographia União, 1851. p. 86.

47 KLÜBER, Johann Ludwig, **Droit des gens moderne de l'Europe**, Stuttgart: J.G. Cotta, 1819. p. 500.

48 FIOCCHI MALASPINA, Elisabetta; KELLER-KEMMERER, Nina, *International Law and Translation in the 19th century, Rechtsgeschichte*, v. 22, p. 214–226, 2014, p. 216.

49 Theodor Anton Heinrich Schmalz (1760-1831). ALBUQUERQUE, Pedro Autran da Matta, **Elementos do Direito das Gentes**, Recife: Typographia União, 1851. p. 19, 35.

50 ALBUQUERQUE, Pedro Autran da Matta, **Elementos do Direito das Gentes**, Recife: Typographia União, 1851. p. 30.

51 Cornelius van Bynkershoek (1673-1743). ALBUQUERQUE,

even those few can be just copied from Klüber, due to the similarity between the footnotes:

Quanto á questão de saber se a terceira potencia adquire ipso facto direito convencionais, veja-se Grócio liv. II, cap. 11, §18; Pufendor, J N et G, liv. III, cap. 9, §8; Mably, direito pub. Da Europa, tomo III, pag. 367.⁵²

Question de savoir, si la tierce puissance acquiert par-là des droits conventionnels? De même, si et jusqu'à quel point l'une des parties contractantes, ou toutes les deux, peuvent, à l'égard de la tierce puissance, se retracter de leur office? Voy. Grotius, lib. II, c. 11, §18. Pufendorf de J N et G, lib. III, c. 9, §8. De Mably droit public de l'Europe, T. III, p. 367.⁵³

In the back cover of the book, the full title was *Elementos do Direitos das Gentes*, according to the writings of modern authors, composed by Dr. P. Autran da Matta Albuquerque'. The subtitle – according to the writings of modern authors – could indicate that the book was a *compilation* or *compendium*, a widespread genre of book at that time in Brazil, in which the author assembles and digests a considerable quantity of other authors in order to compose a synthetic panorama of the discipline and its doctrines. In fact, this kind of literary genre caused some controversies in Brazil, where some books on the history of Brazil were accused of plagiarism due to some resemblances to another author, without the proper reference to the original texts.⁵⁴ The very first – published in 1832 – and the most known book of international law in the Latin America for the nineteenth century, the *Princípios de derecho de gentes* by Andrés Bello, was an elegant and declared compilation of European authors, still being original, as Liliana Obregón stated.⁵⁵ Apparently, this was not the case of Pedro Al-

buquerque, since he did not resort to other authors but Klüber, and also, as it would be expected from a compilation, he did not mention the German author in *any* part of his book.

Nevertheless, it should be reminded that Klüber's *Droit des Gens Moderne de l'Europe* was a marketed book in Brazil, and above all, it was adopted for the teaching of the discipline in the law faculties at that time. As a research on the Brazilian newspapers of the first half of nineteenth century showed, Klüber's book began appearing in Brazil by 1836,⁵⁶ thenceforward it became constantly offered in the advertisements of booksellers.⁵⁷ One remarkable announcement, issued in 1850 in a newspaper of Recife⁵⁸ – that is, the same city where it was published Pedro Albuquerque's book, and just one year before its publication – did enunciate: "For sale, the much-sought out book *Droit des gens* by Klüber, in two new volumes, for the second year of the law faculty. Fair price."

Under these circumstances, one cannot assume that it was not widely known that the *Elementos do Direitos das Gentes* was indeed a shortened translation of Klüber; and not a case of deliberate plagiarism. Additionally, the books written by his fellow professors Antonio Drummond and João Silveira de Souza mentioned both Klüber and Pedro Albuquerque; it is very unlikely that they had not noticed the resemblance between them. In this context, one hypothesis is that, facing a great demand of Klüber's book, Pedro Albuquerque tried to help his students translating and summarizing the German author; however, since the result was not a literal translation, and he modified several passages, he could not attribute the authorship to Klüber, but to modern authors in general.

An aspect that draws attention in this peculiar case

reconoce en su prólogo o si realmente lo que está escribiendo es un texto original¹⁴. Bello, como parte de su conciencia criolla, ve los textos extranjeros como un legado intelectual del que él (y los demás criollos) es heredero legítimo y del que puede apropiarse con toda libertad, como nuevo miembro de la comunidad de ciudadanos de las naciones independientes." OBREGÓN, Liliana, Construyendo la región americana: Andrés Bello y el Derecho Internacional, in: CHOPO, Yolanda Gamarra (Org.), *La idea de América en el pensamiento ius internacionalista del siglo XXI*, Zaragoza: Institución Fernando El Católico, 2010, p. 69–70.

⁵⁶ Diário de Pernambuco. N° 91. 26 April 1836.

⁵⁷ Diário de Pernambuco. N° 101.10 May 1837. Diário Novo. N° 69. 29 March 1845. Diário de Recife. N° 54. 4 March 1868. Correio Paulistano. N° 250. 3 May 1855

⁵⁸ Diário de Pernambuco. N° 169. 31 July 1850.

Pedro Autran da Matta, *Elementos do Direito das Gentes*, Recife: Typographia União, 1851. p. 76.

⁵² ALBUQUERQUE, Pedro Autran da Matta, *Elementos do Direito das Gentes*, Recife: Typographia União, 1851. p. 32.

⁵³ KLÜBER, Johann Ludwig, *Droit des gens moderne de l'Europe*, Stuttgart: J.G. Cotta, 1819. p. 257–258.

⁵⁴ SANTOS, Pedro Afonso Cristovão dos, Compilação e plágio: Abreu Lima e Melo Moraes lidos no Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, *Revista da História da Historiografia*, v. 13, p. 45–62, 2013.

⁵⁵ "Desde el inicio, Bello informa a sus lectores que su obra no es original, sino un repertorio bien organizado de las obras de muchos autores. Se presenta como un editor ilustrado y selectivo que, según su propia descripción, adopta, revisa, discute, cita, prueba, presenta, contradice y reescribe las obras de los autores que ha consultado. Podríamos decir que Bello conversa con estos autores a lo largo del libro y mediante la edición cuidadosa, la homogenización del lenguaje y estilo, y la adición de múltiples pies de página, nos proporciona, de hecho, una voz autorizada sobre sus ideas. Incluso, la selección de textos que resume o reescribe (a menudo sin citarlos) hace difícil distinguir si se encuentra editando más de lo que

- in which the very first Brazilian book on international law is, in fact, a summarized translation of Klüber's treatise – is the method, and easiness withal, that Pedro Albuquerque, a non-European jurist from a newly independent State, appropriated a European discourse and made it as his own. It seems paradoxical that precisely the most particularised conception of international law – that one of Klüber, Martens, Schmalz - happened to be appropriated by a peripheric jurist, who by doing it, was spreading and disseminating the international law.

As shown, the Brazilian author extensively and without reluctance manipulated the original text to his interest: to elaborate a short textbook with a concept of international law that could be accepted in Brazil. Thus, the work of Pedro Albuquerque was far beyond a mere reproduction of a text from one language to another, he was somewhat promoting a *cultural translation*, by adapting and accommodating exogenous ideas to his context.⁵⁹ In other words, it was not just a matter of different *lexicon*, as a mechanical and passive process, instead, Pedro Albuquerque acted as a mediator⁶⁰ between diverse *cultures* in an intricate process of appropriation and assimilation. As Lena Foljanty explains:

In legal historical analysis, the concept of cultural translation invites us to look at the processes of adopting foreign ideas

59 “La traduzione, intesa nel suo significato più ampio, non solo di formulare in una altra lingua il testo originale, ma anche di « portare al di là » (« trans » – « oltre », e « ducere » – « portare »), ha senz'altro giocato un importante ruolo. Tradizionalmente rilegata ad essere semplicemente oggetto di prefazioni, introduzioni, note del traduttore, è invece stata l'anello di congiungimento nel processo di professionalizzazione del diritto internazionale. I traduttori, esattamente come i giuristi, possono essere dipinti come mediatori e diplomatici perché erano chiamati in prima persona a gestire problemi di enorme distanza culturale, linguistica, di tempo, di spazio ed erano gli agenti centrali delle idee e dei valori europei.” FIOCCHI MALASPINA, Elisabetta, *L'eterno ritorno del Droit des gens di Emer de Vattel (sec. XVIII-XIX)*, Frankfurt am Main: Max Planck Institute for European Legal History, 2017, p. 255.

60 “Così la costruzione identitaria degli stati europei e non europei genera una esigenza di traduzione come forma di appropriazione, ma anche di identità, bilanciata con quelle che sono le interazioni derivanti dalle diversità culturali e sociali. La figura del mediatore (giuridico) venne svolta concretamente da coloro che si occupavano di diritto internazionale. I giuristi presero attivamente parte al processo di costruzione del diritto (internazionale) e ne favorirono l'espansione. Il risultato fu sostanzialmente qualcosa di profondamente diverso dalla classica e statica rappresentazione del diritto internazionale come sapere a dimensione universale, ma al contrario provvide a esaltarne la specificità, svelando, attraverso le sovrapposizioni tra piano statale e interstatale e il dinamico intreccio tra culture, società, diritti, e linguaggi, il suo carattere ibrido.” FIOCCHI MALASPINA, Elisabetta, *L'eterno ritorno del Droit des gens di Emer de Vattel (sec. XVIII-XIX)*, Frankfurt am Main: Max Planck Institute for European Legal History, 2017. p. 256.

*and norms not from a bird's eye perspective, but rather from within. Translation means to develop an idea of the other and to reformulate these ideas in order to make them accessible in the new context. It is a process in which meaning shifts, decisions are taken and negotiations take place.*⁶¹

Lydia Liu resorts to the image of the translator as a *diplomat*, in the sense that he negotiates in multiple directions, producing considerable changes in the original text.⁶² In fact, the analogy is useful to understand the work implemented by the Brazilian author, who *negotiated* with the text in order to be well received in the Brazilian context.

For example, although he generally followed each chapter and in the same order as the Klüber's treatise, he completely and deliberately ignored the paragraph that dealt with the abolition of the slave trade, where Klüber condemned it.⁶³ The theme, in fact, was extremely delicate in Brazil, and it was one of the main diplomatic issues, causing severe contentions with Great Britain for the first half of the century.⁶⁴ The most critical period was precisely by the time that Pedro Albuquerque was publishing the book, after the Bill Aberdeen Act. The British diplomatic policy against the slave trade, strict, unilateral and intervening, was frequently interpreted as a way to undermine the Brazilian economy, affecting the national pride directly, as indicated another author of that period, Antonio Pereira Pinto.⁶⁵ Thus, it was doubtful that Pedro Albuquerque would reproduce that the

61 FOLJANTY, Lena, *Translators: Mediators of Legal Transfers, Rechtsgeschichte*, v. 24, p. 120–121, 2016, p. 120.

62 LIU, Lydia H., *The Clash of Empires. The Invention of China Modern World Making*, Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 113.

63 KLÜBER, Johann Ludwig, *Droit des gens moderne de l'Europe*, Stuttgart: J.G. Cotta, 1819. p. 115–117.

64 CERVO, Amado Luiz; BUENO, Clodoaldo, *História da política exterior do Brasil*, 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2015, p. 89–93; BETHELL, Leslie, *The abolition of the Brazilian slave trade: Britain, Brazil and the slave trade question (1807-1869)*, Cambridge: Cambridge University Press, 1970.

65 “As violencias do cruzeiro inglez plantarão no Brasil uma reacção inversa da que se devêra desejar: o espirito publico, resentido dos ataques à independencia da nação, presuppunha o governo do paiz sob a pressão da Grã-Bretanha, e a essa pressão atribuiu a medidas que tomava para a repressão do trafego, conjecturando, além disso, que os esforços da Inglaterra para acabar com o commercio de escravos tendião a fazer definir a nossa lavora, em vantagem das colonias britannicas; por outro lado, os rapaces contrabandistas, explorando estas erradas apprehensões dos lavradores brasileiros, demandavão, ousados, as costas do Imperio, e nellas despejavão unnumeroz carregamentos de Africanos boçaes, aos quaes achavão prompta, e lucrativ sahida.” PINTO, *Apontamentos para o Direito Internacional*. v. 1, p. 365–366.

slave trade was forbidden by the international law because it would inevitably generate commotion in Brazil, and as a consequence, discredit of his book.

Apart from these suppressions, the apparent easiness that occurred the mediation – between a particularised and often discriminatory notion of international law, and the Brazilian context - was due to the condition of *lettered criollo* held by Pedro Albuquerque. As pointed by Liliana Obregón, the *creole consciousness* permitted that the Latin American jurists conceived the European law as something appropriable, since they recognised themselves as legitimate inheritors of the Western culture.⁶⁶ This means that, in Pedro Albuquerque's mind, the expansion of the European law to include Brazil, that he was implementing with his work, was not something forced and contrived; it was rather just a claim of an evident and natural flow. As already indicated, he only had to eliminate the specific references to Europe and rectify the particularisation that could exclude Brazil, and then present the text as written by himself - which without doubts played an important role to promote the assimilation of the European normativity as something universally valid.

2. THE HYBRIDIZATION CONTINUES: ANTÔNIO MENEZES VASCONCELOS DE DRUMMOND AND JOÃO SILVEIRA DE SOUZA

The project of *mediation* was continued and propelled by Antônio Menezes Vasconcelos de Drummond, the author of the second textbook on international law published in Brazil, and a professor at the Faculty of Recife also. His book had been published in 1867 under the title '*Preleções de Direito Internacional*'. Already in the preface, he anticipated to the reader that he aimed to bring Pedro Albuquerque's book up-to-date – since it had been published fourteen years earlier – according to the new developments of this 'science', "in constant progress, so as the civilisation".⁶⁷ His announcement is

66 OBREGÓN, Liliana, Construyendo la Región Americana: Andrés Bello y el Derecho Internacional, *Revista de Derecho Público de la Universidad de Los Andes*, v. 24, p. 1–22, 2010. p. 67.

67 "Quando em 1865 tive de substituir o ilustrado Lente Cathedrático da Faculdade de Direito o Sr. João Silveira de Souza, encontrei seus Alunos nas primeiras lições dos Elementos de Direitos das Gentes – compostos, e publicados em 1851, pelo Sr. Conselheiro Dr. Pedro Autran da Matta Albuquerque, Venerando

needless though; as it becomes evident at first glance in the structure of the book, that he adopted the very same chapter division as Pedro Albuquerque's book, and so, the same as Klüber. It begins with an introduction of preliminary notions and concepts,⁶⁸ followed by these sections: a) *Dos Direitos absolutos dos Estados*,⁶⁹ b) *Dos Direitos Hypotheticos, ou condicionais dos Estados em suas relações pacíficas*,⁷⁰ c) *Dos Direitos dos Estados em suas relações hostis*,⁷¹ - until here, he followed exactly the book of his colleague; however, as Drummond wanted to explore more some themes, he created the following autonomous sections,⁷² which were all part of the last section in Pedro Albuquerque's book -, d) *Dos Meios empregados no mar durante a guerra*,⁷³ e) *Dos meios empregados na guerra continental*,⁷⁴ and finally, f) *Dos meios tendentes a manutenção das boas relações*.⁷⁵

Even though Antonio Drummond had adhered to the same structure of Pedro Albuquerque's book, he did elaborate his own text, often developing more a particular topic, or just by varying the wording used by his colleague, yet passing the same idea.⁷⁶

Decano da mesma Faculdade. E pois para texto, e ordem das minhas Preleções sobre essa materia continuei à adoptar aquelle Compendio. Reconheci porém, que esse recommendavel trabalho (seja-me licito dizê-lo com franqueza) já ressentia-se de algumas lacunas inherentes ao longo período de 14 annos, que havia decorrido desde a sua publicação, e necessariamente muito deveria ter influido sobre as doutrinas d'essa sciencia de tão rápido desinvolvimento, e constante progresso, como a propria civilisação." DRUMMOND, *Preleções de Direito Internacional*. p. 5.

68 DRUMMOND, *Preleções de Direito Internacional*. p. 9–14.

69 DRUMMOND, *Preleções de Direito Internacional*. p. 15–42.

70 DRUMMOND, *Preleções de Direito Internacional*. p. 43–104.

71 DRUMMOND, *Preleções de Direito Internacional*. p. 105–144.

72 "Procurei portanto supprir essas involuntarias omissões, lançando os primeiros traços da obra, que se segue, para o que não poupei aturada paciência, esforços, e vigílias – comtanto maior dificuldade, quando me era imposto o dever de seguir o methodo elementar." DRUMMOND, *Preleções de Direito Internacional*. p. 5.

73 DRUMMOND, *Preleções de Direito Internacional*. p. 145–188.

74 DRUMMOND, *Preleções de Direito Internacional*. p. 189–200.

75 DRUMMOND, *Preleções de Direito Internacional*. p. 201–219.

76 As it can be noticed in the following example; in the §6□ of Pedro Albuquerque's textbook: "Os direitos das nações e dos individuos fundão-se nos mesmos principios; e como fundamentos de huns e de outros se podem estabelecer as seguintes verdades morais: 1. Todo ente moral quer seja individuo, quer nação, tem o direito de

Thus, a somewhat similarity can be ascertained between his *‘Preleções de Direito Internacional’* and the *‘Elementos do Direitos das Gentes’* by Pedro Albuquerque; as a consequence, Klüber’s treatise still being the main inspiration for the Brazilian professors. This time, however, Drummond went beyond the reference of Klüber, resorting to a variety of other foreign authors to draw up his conclusions. Unlike his predecessor, Drummond did mention Klüber⁷⁷ in his book – including the most recent edition of 1861 – and other contemporary authors, such as Georg Friedrich von Martens,⁷⁸ Henry Wheaton,⁷⁹ Theodor Schmalz,⁸⁰ August Wilhelm Heffter,⁸¹ Silvestre Pinheiro Ferreira,⁸² Laurent-Basile Hautefeuille.⁸³ Indeed, the bibliography consulted indicates that Antonio Drummond revised Pedro Albuquerque’s book updating with the most recent doctrine on international law.⁸⁴

se conservar, aperfeiçoar e promover a sua felicidade; 2. Ninguém pode locupletar-se, nem avantajar-se com lesão do direito do outro; 3. Quem lesa o direito alheio está obrigado a reparação; 4. As convenções livremente feitas entre pessoas capazes de contractar, e sobre objeto lícito, ligão as partes contractantes.” ALBUQUERQUE, **Elementos do Direito das Gentes**. p. 4. While Drummond wrote like this: “Sendo as nações verdadeiras pessoas moraes, ou associações de individuos – gosam, como estes, dos mesmos direitos baseados em idênticos principípios de severa justiça, e pura moral – a saber. 1. Todo o ente moral, quer seja individuo, quer nação, tem o direito de se conservar, aperfeiçoar e promover sua felicidades; 2. Ninguém pode locupletar-se, nem avantajar-se com a jactura alheia; 3. A reparação é sempre devida e cabe effetua-la pelo modo mais prompt – áquelle que offende ou prejudica o direito alheio; 4. As convenções celebradas por pessôas habeis, ou capazes de contractar e sobre o objecto lícito tem entre essas mesmas partes toda força obrigatória.” DRUMMOND, **Preleções de Direito Internacional**. p. 12.

77 DRUMMOND, **Preleções de Direito Internacional**. p. 10, 30.

78 DRUMMOND, **Preleções de Direito Internacional**. p. 30, 139.

79 DRUMMOND, **Preleções de Direito Internacional**. p. 30, 61, 64, 72, 160, 210.

80 DRUMMOND, **Preleções de Direito Internacional**. p. 30.

81 DRUMMOND, **Preleções de Direito Internacional**. p. 30, 41, 55, 61, 160, 194.

82 DRUMMOND, **Preleções de Direito Internacional**. p. 30, 50, 91, 121, 126.

83 DRUMMOND, **Preleções de Direito Internacional**. p. 72, 176, 209.

84 “Julguei ainda conveniente prescindir de frequentes citações dos Escriutores que consultei para confecção deste meu trabalho, não só paa não distrahir aos laumnos (para quem principalmente emprehendi-o) com extranhas considerações, em pura perda do estudo das proposições geraes, e poupar a mim mesmo essa ardua tarefa, senão também por parecer-me, que o verdadeiro merito dessas respeitaveis autoridades não pôde por certo depender do testemunho dado á cada passo, e á cada instante. Por isso preferi menciona-las no fim desta Obra, como mais uma garantia para ella.

Besides that, the originality of Drummond’s textbook resides in his intention to nationalise the teaching of international law,⁸⁵ which meant contextualise the rules and principles of international law according to the Brazilian experience and legislation. Thus, he accomplished the task, either by referring in the footnotes to the specific Brazilian legislation related to the topic or by mentioning the treaties signed by Brazil and also the diplomatic cases that exemplified the rule.⁸⁶

Whereas Pedro Albuquerque decontextualized the European international law in order to eliminate the particularisations and then permit the inclusion of Brazil in the international legal community, Antonio Drummond, advancing the project of appropriation and dissemination of the European normativity, tried to relate it to the Brazilian experience. With this, Drummond was taking a significant step towards the assimilation of the international law in Brazil, thereby promoting the universalisation of this legal system. As suggested by Eduardo Zimmermann, focusing the *paratext* - this is, the prologues and introductions, footnotes and commentaries - permits to “appreciate how the work of these “mediators” generated a process of hybridization of knowledge”⁸⁷. This is exactly what happens here;

Quando por ventura não bastar esta satisfação, que entendi ser devida pedirei, que se leve tambem em conta o penoso trabalho, que tive de compulsar, numerosa Obras e dellas deduzir o que me pareceu mais racional, e ajustado, procurando com acurado empenho coôrdonar as doutrinas, de que me apropriei, e as reflexões com que as revesti – para torna-las mais adaptadas ao ensino, a que as applico, sm alias sacrificar a clareza e precisão necessarias.” DRUMMOND, **Preleções de Direito Internacional**. p. 6.

85 “Tendo sempre considerado ser de indeclinavel necessidade nacionalisar o mais possível o ensino do direito nas nossas Faculdades, já conforntando os seus principípios com a Legislação Brasileira, já comparando as suas disposições com as das Nações cultas, já emfim commentando-as; methodo seguido com maxima proficuidade nas Faculdades Juridicas da Europa – especialmente recommendado pelo art. 3 – Do Decreto n .1.333 de 23 de março de 1853 (os anteriores Estatutos), producrei addicionar ao ensino d’essa sciencia a referencia e applicação dos seus principípios á nossa Legislação patrica.” DRUMMOND, **Preleções de Direito Internacional**. p. 5–6.

86 “Occupei-me – ainda que rapidamente – da apreciação de todos os Tratados e Convenções, que o Brazil tem celebrado com as diversas Nações até a actualidade. Para melhor ordem – consagrei no texto da obra as doutrinas ou preceitos geraes da sciencia, collocando anotações convenientes a designação da Lei, do Tratado, da Convenção ou a ommemoração emfim do facto historico, que devia autorisar as mesmas doutrinas.” DRUMMOND, **Preleções de Direito Internacional**. p. 6.

87 ZIMMERMANN, Eduardo, ‘Translations of the “American Model” in Nineteenth Century Argentina: Constitutional Culture as a Global Legal Entanglement,’ in: DUVE, Thomas (Org.), **En-**

the adding of contextualized footnotes with Brazilian contents promotes a mixture of local and European knowledge, which refutes the traditional conception of diffusion whereby ideas and doctrines were simply disseminated from the West to the rest of the world.⁸⁸ In other words, the work of those *mediators*, such as Drummond, shaped a hybridization of knowledge rather than a passive acceptance of a selected doctrine.

Antonio Drummond also used the footnotes to express his opinions on diplomatic issues, occasionally being quite critical – which was also another novelty for textbooks. For example, when he relates briefly all treaties that had been signed by Brazil until then,⁸⁹ he did not avoid to censure the British policy, and, naturally, the Bill Aberdeen Act.⁹⁰ With the *Preleções de Direito Internacional* the students were provided with a more complete and substantial textbook than the previous one.

The subsequent work on international law, and the last one considered in this essay, would come twenty-two years later, in 1889, the last year of the Imperial regime. *Lições de Direito das Gentes* had been written by another professor of Recife, João Silveira de Souza. In the same pattern, it was a book designed to teach the discipline⁹¹ and inspired in *Elementos do Direito das Gentes* by Pedro Albuquerque as well:

*Tendo adoptado para texto de nossas lições de Direito das Gentes o compendio desta materia do Conselheiro Aufran (edição de 1851), vamos expor, analisar, e desenvolver as doutrinas, que elle abixpende, seguindo a mesma ordem dos seus capitulos e paragrafos.*⁹²

tanglements in Legal History: Conceptual Approaches, Global Per. Frankfurt am Main: Max Planck Institute for European Legal History, 2014, p. 411.

88 ZIMMERMANN, Eduardo, Translations of the “American Model” in Nineteenth Century Argentina: Constitutional Culture as a Global Legal Entanglement, in: DUVE, Thomas (Org.), **Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches**, Global Per. Frankfurt am Main: Max Planck Institute for European Legal History, 2014, p. 391.

89 DRUMMOND, **Preleções de Direito Internacional**. p. 72–85.

90 DRUMMOND, **Preleções de Direito Internacional**. p. 108, 180.

91 “O movel principal que nos determinou a esta publicação não foi, portanto, outro senão o desejo d ser útil á mocidade esperançosa, que cursa o 2^o anno academico, procurando preaparal-a por meio de noções claras,e methodica, embora sucintamente expendidas, para o estudo accurado e completo desta sciencia tão deleitavel quanto util, e indispensavel, sobre tudo áquelles dentre a mesma a quem pode vir a ser no futuro confiado o iportante encargo de dirigir as relações exteriores de sua patria.” SOUZA, **Lições Elementares de Direito das Gentes**. p. II.

92 SOUZA, **Lições Elementares de Direito das Gentes**. p. 1.

In fact, his book could be entitled *Comments on Pedro Albuquerque’s Elementos do Direito das Gentes*, once it is exactly what João Souza did. The scheme is the same for the whole book: he mentions what Pedro Albuquerque wrote, then comments on it. In general, *Lições de Direito das Gentes* is a setback in relation to Drummond’s book – which, curiously, he is utterly silent about. Besides the fact of it being a commentary on a book written almost forty years earlier, João Silveira de Souza barely mentioned other authors; only referring to Klüber,⁹³ Wheaton,⁹⁴ Vattel.⁹⁵ The only, yet significative, unprecedented is a reference to the Argentinian jurist Carlos Calvo (1824-1906)⁹⁶; not just because Calvo was the only contemporary author mentioned, but for being the first time that a South-American author was cited in a Brazilian textbook of international law. The works of Andrés Bello (1832, 1844, 1847), for instance, had been entirely ignored by the Brazilian jurists, whose eyes were facing overseas, rather than to their close neighbours. The attitude of the Brazilian jurists was in keeping with the policy of Brazilian Empire towards Latin-America; indeed, due to the divergence between political regimes – the *convulsive* and *unstable* Latin-American republics in contrast to the legitimate and stable monarchy – the Brazilian state identified itself more with Europe than to its neighbours.⁹⁷

In addition, different from Antonio Drummond, João Silveira de Souza was not concerned about the nationalisation of the teaching of international law; in his book, it could not be found references to the Brazilian context or legislation, whilst the usual European events were still there to illustrate the cases.

At this point, it is possible to state that was a *Klüber tradition* in the Brazilian literature on international law in that period: all the three books published during the Brazilian Empire (1822-1889) – *Elementos do Direito das*

93 SOUZA, **Lições Elementares de Direito das Gentes**. p. 65, 82, 95.

94 SOUZA, **Lições Elementares de Direito das Gentes**. p. 35, 74, 84, 87, 94, 98, 115, 175, 203.

95 SOUZA, **Lições Elementares de Direito das Gentes**. p. 56, 121, 127.

96 SOUZA, **Lições Elementares de Direito das Gentes**. p. 200, 203.

97 SANTOS, Luís Cláudio Villafañe G., **O Brasil entre a América e a Europa**, São Paulo: UNESP, 2004; PREUSS, Ori, **Bridging the Island. Brazilians’ Views of Spanish America and Themselves, 1865-1912**, Madrid, Frankfurt am Main: Iberoamericana, Vervuert, 2011.

Gentes, by Pedro Aufran da Matta Albuquerque (1851), *Preleções de Direito Internacional* by Antonio Menezes Vasconcellos de Drummond (1867), and *Lições de Direito das Gentes* by João Silveira de Souza (1889) – had been, to some extent, inspired by the *Droit des Gens Moderne de l'Europe*, composed by Johann Ludwig Klüber.

Being disciples of Klüber, there is no point to ascertain the particular conceptions and notions on the international law given by each of these Brazilian jurists;⁹⁸ they were very similar between them, and all of them resembles that one from the German author:

*On appelle gens ou nations libres les états indépendans, considérés dans leurs rapports mutuels comme personnes morales. L'ensemble de leus droits réciproques et parfaits, du droit des états entr'eux, forme le droit des gens ou droit des nations. Ce droit est naturel, en tant qu'il dérive de la nature même des relations que subsistent entre les états, positif, lorsqu'il est fondé sur des conventions expressses ou tacites.*⁹⁹

Briefly, despite the natural stratum still being a transcendent foundation, the emphasis was put in the con-

ventions and treaties agreed by the states in their relations. Thus, when Klüber enlisted the sources of that legal system, the very first was the conventions, express or tacit,¹⁰⁰ followed by the analogy,¹⁰¹ and only in the third place the *droit des gens naturel*, which being subsidiary, it should only be applied if the *droit positif* was insufficient.¹⁰²

That conception that had been taught in the Brazilian law faculties for almost the whole nineteenth century, either through these three textbooks written by Brazilian professors, or from the writings of Klüber and Martens, directly. Only by the beginning of twentieth-century other doctrines of international law started to emerge in the Brazilian context, with works by Sá Vianna, Clovis Bevilacqua and Lafayette Pereira.

3. CONCLUSION

It is quite remarkable that the very first book of international law published in Brazil and *written* by a Brazilian is a condensed translation of a European author. Although it might not be a case of plagiarism, as explained – mainly because Klüber was well-known in Brazil at that time –, it is certainly a case of *appropriation* of foreign doctrine. Appropriation yet does not mean reproduction. Pedro Albuquerque did manipulate the book, or, to use an expression from Lydia Liu, he *negotiated* with the text: omitting some topics, suppressing particular references, or by explaining the rules with familiar experiences. This operation, far from being a passive imitation, promoted a sort of *mediation* between that exogenous body of norms and the Brazilian context. Mediation that had been favoured by the permanently present sentiment of cultural inheritance from Europe, turning easier the assimilation of international law among the Brazilian jurists.

His subsequent colleagues at the Faculty of Recife, Vasconcelos de Drummond and Silveira de Souza, continued the project. Preserving Klüber's *Droit des Gens* as

98 The definition of international law given by Pedro Albuquerque in his *Elementos do Direito das Gentes*: “O Direito das gentes (direito internacional, ou direito publico externo) he o complexo de regras que a razão deduz como conformes á justiça, ou que se fundão em convenções expressas ou tácitas, e que servem de determinar o procedimento das nações entre si. O direito das gentes, divide-se pois em direito das gentes natural, e positivo; e este em direito pacticio (tratados publicos), e consuetudinario (costumes com força obrigatoria).” ALBUQUERQUE, **Elementos do Direito das Gentes**, p. 3. In Antonio Drummond's *Preleções de Direito Internacional*: “O direito internacional, direito das gentes ou nações, emfim o direito publico externo é o complexo dos direitos individuais e reciprocos entre as mesmas nações, ou aliás – dos dictames fundados na justiça, ou adduzidos das relações mutuas, e convenções expressas entre elas. O direito internacional divide-se portanto em Direito das gentes natural e positivo. O primeiro, quando se deriva da propria natureza que subsistem entre os Estados, e o segundo, quando funda-se nas ditas convenções: este em direito pacticio (tratados publicos), e consuetudinario (costumes com força obrigatoria).” DRUMMOND, **Preleções de Direito Internacional**, p. 9–10. Finally, in João Silveira de Souza's *Lições de Direito das Gentes*, after transcribing Pedro Albuquerque comments: “Aquellas regras de justiça dadas pela razão, anteriores e superiores á vontade humana como normas universaes e invariaveis da conducta das nações entre si constitutem o Direito das gentes absoluto; e as que resultão das convenções ou tratados que estas celebrão para melhor e de modo positivo estabelecer entre si certos direitos e obrigações que aquella não impõe immediatamente, constituem o Direito das gentes positivo ou convencional; no qual se comprehende, como nos observa o compendio, o Direito das Gentes, consuetudinario, consistente nas regras geralmente admittidas pelo uso ou consentimento de todas as nações, e que, portanto, a nenhum é lícito violar seo arbitrio, em prejuizo das mais.” SOUZA, **Lições Elementares de Direito das Gentes**, p. 4.

99 KLÜBER, Johann Ludwig, **Droit des gens moderne de l'Europe**, Stuttgart: J.G. Cotta, 1819, p. 11–12.

100 KLÜBER, Johann Ludwig, **Droit des gens moderne de l'Europe**, Stuttgart: J.G. Cotta, 1819, p. 15–16.

101 KLÜBER, Johann Ludwig, **Droit des gens moderne de l'Europe**, Stuttgart: J.G. Cotta, 1819, p. 17–18.

102 “En troisième lieu vient le Droit des gens naturel. On doit y avoir recours toutes les fois que le droit positif est insuffisant.” KLÜBER, Johann Ludwig, **Droit des gens moderne de l'Europe**, Stuttgart: J.G. Cotta, 1819, p. 18.

the main reference, they propelled the adaptation of European international law in a peripheral State by contextualizing the rules and illustrating with treaties signed by Brazil. On the whole, all books written by Brazilian authors throughout the nineteenth-century took inspiration from the German jurist Johann Ludwig Klüber – even the collection of treaties prepared by Antonio Pereira Pinto can be attributed to that tradition that used to make this kind of literature.

By the mid-nineteenth century, when Pedro Autran published *Elementos de Direito das Gentes*, the tradition founded by Klüber and Martens was considered old-fashioned in Europe. It is quite symbolical that specially the author that particularized the international law, applying it only to European countries happened to be used as a paradigm for almost the entire century in Brazil. In other words, the Brazilian jurists operated the universalization, or at least the expansion of the international law to Brazil, based on a particularistic-Europeanized understanding of that same law.

The emphasis on appropriation and adaptation in the present narrative helps to reveal - the often neglected, but actually decisive - role of peripheral jurists in the process of diffusion of international law, and as a consequence, in the universalization of it.

REFERENCES

- ALBUQUERQUE, Pedro Autran da Matta. **Elementos do Direito das Gentes**. Recife: Typographia União, 1851.
- ANGHIE, Antony. TWAIL: Past and Future. **International Community Law Review**, v. 10, n. 4, p. 479–481, 2008.
- ANTONY ANGHIE. **Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- BENEDUCE, Pasquale. **Il corpo eloquente. Identificazione del giurista nell'Italia liberale**. Bologna: il Mulino, 1996.
- BETHELL, Leslie. **The abolition of the Brazilian slave trade: Britain, Brazil and the slave trade question (1807-1869)**. Cambridge: Cambridge University Press, 1970.
- BEVILAQUA, Clovis. **História da Faculdade de Direito do Recife**. Brasília: Instituto Nacional do Livro, Conselho Federal de Cultura, 1977.
- BLAKE, Sacramento. **Diccionario Bibliographico Brasileiro. Vol. 1-7**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1883.
- CARVALHO, José Murilo De. História intelectual no Brasil: a retórica como chave de leitura. **Topoi**, v. 2, n. 1, p. 123–152, 2000.
- CERVO, Amado Luiz; BUENO, Clodoaldo. **História da política exterior do Brasil**. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2015.
- CHIMNI, Bhupinder S. Abordagens Terceiro-Mundistas para o Direito Internacional: um manifesto. **Revista de Direito Internacional**, v. 15, n. 1, 2018.
- DRUMMOND, Antônio de Vasconcellos Menezes de. **Preleções de Direito Internacional**. Recife: Typographia do Correio do Recife, 1867.
- FIOCCHI MALASPINA, Elisabetta. **L'eterno ritorno del Droit des gens di Emer de Vattel (sc. XVIII-XIX)**. Frankfurt am Main: Max Planck Institute for European Legal History, 2017.
- FIOCCHI MALASPINA, Elisabetta; KELLER-KEMMERER, Nina. International Law and Translation in the 19th century. **Rechtsgeschichte**, v. 22, p. 214–226, 2014.
- FOLJANTY, Lena. Translators: Mediators of Legal Transfers. **Rechtsgeschichte**, v. 24, p. 120–121, 2016.
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Martti Koskeniemi and the historiographical turn in international law. **European Journal of International Law**, v. 16, n. 3, p. 539–559, 2005.
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Para que serve a história do direito internacional? **Revista de Direito Internacional**, v. 12, n. 1, p. 339–354, 2015.
- HALLEWELL, Laurence. **O Livro no Brasil: Sua História**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes Do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- JACOBINI, H.B. **A Study of the Philosophy of International Law as Seen in Works of Latin American Writers**. The Hague: Martinus Nijhoff, 1954.

- KEMME, Clara. The History of European International Law from a Global Perspective: Entanglements in Eighteen and Nineteenth Century India. *In*: DUVE, Thomas (Org.). **Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches**. Frankfurt am Main: Max Placnk Institute for European Legal History, 2014, p. 489–542.
- KLÜBER, Johann Ludwig. **Droit des gens moderne de l'Europe**. Stuttgart: J.G. Cotta, 1819.
- KOHL, G. Zeiller, Franz von (1751-1828). *In*: STOLLEIS, Michael (Org.). **Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert**. München: Beck, 1995, p. 668–670.
- KOSKENNIEMI, Martti. Into Positivism: Georg Friedrich von Martens (1756-1821) and Modern International Law. **Constellations: An International Journal of Critical & Democratic Theory**, v. 15, n. 2, p. 189–207, 2008.
- KOSKENNIEMI, Martti. **The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law, 1870-1960**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- LIU, Lydia H. **The Clash of Empires. The Invention of China Modern World Making**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.
- LORCA, Arnulf Becker. **Alejandro Alvarez Situated: Subaltern Modernities and Modernisms that Subvert**. [s.l.: s.n.], 2006.
- LORCA, Arnulf Becker. Eurocentrism in the history of international law. *In*: PETERS, Anne; FASSBENDER, Bardo (Orgs.). **The Oxford Handbook of the History of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1034–1057.
- LORCA, Arnulf Becker. International Law in Latin America or Latin American International Law? Rise, Fall, and Retrieval of a Tradition of Legal Thinking and Political Imagination. **Harvard International Law Journal**, v. 47, n. 1, p. 283–305, 2006.
- LORCA, Arnulf Becker. **Mestizo International Law. A Global Intellectual History 1842-1933**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- MERRY, Sally. What is Legal Culture? An anthropological Perspective. **Journal of Comparative Law**, v. 5, n. 2, p. 40–58, 2012.
- NABUCO, Joaquim. **Minha formação (1893)**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015.
- NUZZO, Luigi. **Origini di una Scienza. Diritto internazionale e colonialismo nel XIX secolo**. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2012.
- OBREGÓN, Liliana. Carlos Calvo y la profesionalización del Derecho internacional. **Revista Latinoamericana de Derecho Internacional**, p. 1–23, 2016.
- OBREGÓN, Liliana. Construyendo la región americana: Andrés Bello y el Derecho Internacional. *In*: CHOPPO, Yolanda Gamarra (Org.). **La idea de América en el pensamiento ius internacionalista del siglo XXI**. Zaragoza: Institución Fernando El Católico, 2010, p. 65–86.
- OBREGÓN, Liliana. Construyendo la Región Americana: Andrés Bello y el Derecho Internacional. **Revista de Derecho Público de la Universidad de Los Andes**, v. 24, p. 1–22, 2010.
- OBREGÓN, Liliana. Creole Consciousness and International Law in Nineteenth Century Latin America. *In*: ORFORD, Anne (Org.). **International Law and Its Others**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 247–264.
- OKAFOR, Obiora Chinedu. Critical Third World Approaches to International Law (TMAIL): Theory, Methodology, or Both? **International Community Law Review**, v. 10, n. 4, p. 371–378, 2008.
- PETTIT, Carlos. **Discurso sobre el discurso. Oralidad y escritura en la cultura jurídica de la España liberal**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2014.
- PINTO, Antonio Pereira. **Apontamentos para o Direito Internacional**. Rio de Janeiro: F. L. Pinto & Cia, 1864.
- PREUSS, Ori. **Bridging the Island. Brazilians' Views of Spanish America and Themselves, 1865-1912**. Madrid, Frankfurt am Main: Iberoamericana, Veruert, 2011.
- SAMPAIO DE MORAES GODOY, Arnaldo. The reception of European ideas in Latin America: the issue of the German sources in Tobias Barreto, a prominent nineteenth century Brazilian legal scholar. **Revista de Direito Internacional**, v. 13, n. 1, p. 399–404, 2016.
- SANTOS, Pedro Afonso Cristovão dos. Compilação e plágio: Abreu Lima e Melo Moraes lidos no Instituto

Histórico e Geográfico Brasileiro. **Revista da História da Historiografia**, v. 13, p. 45–62, 2013.

SANTOS, Luís Cláudio Villafañe G. **O Brasil entre a América e a Europa**. São Paulo: UNESP, 2004.

SCARFI, Juan Pablo. **El imperio de la ley. James Brown Scott y la construcción de un orden jurídico interamericano**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2014.

SCARFI, Juan Pablo. **The Hidden History of International Law in the Americas: Empire and Legal Networks**. Oxford: Oxford University Press, 2017.

SOUZA, João Silveira de. **Lições Elementares de Direito das Gentes**. Recife: Typographia Economica, 1889.

STEIGER, H. From the International Law of Christianity to the International Law of the World Citizen. **Journal of the History of International Law**, v. 3, n. 2, p. 180–193, 2001.

VEC, Miloš. Universalization , Particularization , and Discrimination . European Perspectives on a Cultural History of 19th century International Law. **InterDisciplines**, v. 2, p. 79–102, 2012.

WIJFFELS, Alain. Early-modern scholarship on international law. *In*: ORAKHELASHVILI, Alexander (Org.). **Research Handbook on the Theory and History of International Law**. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2011, p. 23–60.

ZIMMERMANN, Eduardo. Translations of the “American Model” in Nineteenth Century Argentina: Constitutional Culture as a Global Legal Entanglement. *In*: DUVE, Thomas (Org.). **Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches**. Global Per. Frankfurt am Main: Max Planck Institute for European Legal History, 2014, p. 385–426.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Natural, positivo, romano e universal? Investigação sobre o direito das gentes em Tomás de Aquino

Natural, positive, Roman and universal? An investigation on Thomas Aquinas' *ius gentium*

Rafael Zelesco Barretto

Natural, positivo, romano e universal? Investigação sobre o direito das gentes em Tomás de Aquino*

Natural, positive, Roman and universal? An investigation on Thomas Aquinas' *ius gentium*

Rafael Zelesco Barretto**

RESUMO

O artigo busca sintetizar o pensamento de Tomás de Aquino sobre o direito das gentes. Trata-se de uma instância intermediária entre os direitos natural e positivo, determinada pelos institutos repetidos entre os diversos povos. A hipótese de trabalho, que se pensa haver comprovado no texto, refere-se ao fato de que o direito das gentes tomista não é mera herança do direito romano, adquirindo teor de universalidade e generalidade que marca toda a teoria jurídica do Aquinate. O método seguido foi a contextualização dos trechos relevantes das obras de Tomás de Aquino. Consideraram-se, para este artigo, as distintas influências que deixaram vestígios em suas passagens sobre o *ius gentium*. Estas foram lidas, em apartados sucessivos deste trabalho: à luz do problema específico ao qual respondiam nos escritos de Tomás; em um enfoque sistemático com a lógica interna da *Suma Teológica*; à luz dos juriconsultos romanos citados pelo Aquinate; e com referência ao raciocínio jurídico aristotélico, sobretudo relacionado à proporcionalidade. As conclusões provisórias são, em seguida, comparadas com a interpretação de outros historiadores do pensamento jusinternacionalista a respeito do Aquinate, o que permitiu ressaltar certas nuances da postura do teólogo medieval.

Palavras-chave: História do direito internacional. *Ius gentium*. Tomás de Aquino. Direito natural. Direito romano.

ABSTRACT

The purpose of this essay is to synthesize the thought of Thomas Aquinas on the law of peoples. *Ius gentium* is an intermediary stance between natural and positive laws, and is to be determined by the institutes which are common between different peoples. The working hypothesis, which is thought to have been confirmed by this article, is that thomist *ius gentium* is more than just an inheritance of Roman law. It is a coherent part of Aquinas' juridical theory, keeping both its typical generality and universality. This essay follows a contextualized reading of relevant texts of Aquinas. It seeks to take account of the different influences which can be seen in his writings

* Recebido em: 30/09/2018
Aprovado em: 11/01/2019

** Doutor em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor adjunto do Programa de Pós Graduação em Estudos Marítimos da Escola de Guerra Naval. E-mail: rafaelzb2010@gmail.com

on *ius gentium*. The different sections of this work first consider those primary sources as answers to specific problems Aquinas was answering in his writings, then as part of a coherent system bound by the inherent logic of the *Summa Theologiae*, then in the light of the roman jurists mentioned by Aquinas, and finally referring to Aristotle's juridical thought, and specially to his notion of proportionality. Provisional conclusions are then compared to the positions of other International Law History scholars, allowing to highlight certain features of the reasoning of Thomas Aquinas.

Keywords: International Law History. *Ius gentium*. Thomas Aquinas. Natural Law. Roman Law.

1. INTRODUÇÃO

O propósito deste trabalho é sintetizar o pensamento de Tomás de Aquino sobre o *ius gentium*. Trata-se de um dos pontos mais controversos na parte jurídica de sua monumental *Suma Teológica*¹. No século XIX, um dos grandes proponentes da aplicação do rigor metodológico científico ao direito internacional, Carl von Kaltenborn, qualificou a contribuição de Tomás de Aquino como pouco clara, incompreensível e repleta de saltos lógicos e contradições². Admite-se que a construção do mestre de Roccasacca no tema do *ius gentium* não apresenta a clareza e o rigor encontrados em outras partes da *Suma*. Porém, em sua defesa, sustenta-se que o direito das gentes tomista³ é parte indissociável de sua teoria jurídica, a qual, por seu turno, integra sua Antropologia, sendo elaborada por meio de certas noções filosóficas que devem ser consideradas. Ou seja, a ideia tomista de *ius gentium* somente poderá ser corretamente compreendida caso lida a partir dos pressupostos epistemológicos e metodológicos empregados pelo monge dominicano.

1 ESTÉBANEZ, Emilio G. La virtud de la justicia. Introducción a las cuestiones 57 a 60. In: AQUINO, Santo Tomás de. **Suma de Teología**, tomo III. Madri: Biblioteca de Autores Cristianos, 1990, pag. 460 *et seq.*

2 *Apud* KOSKENNIEMI, Martti. A History of International Law Histories. In: FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne (orgs.). **The Oxford Handbook of the History of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, pag. 954.

3 Com a difusão dos estudos sobre Tomás de Aquino, a palavra “tomista” passou a designar a corrente de pensadores que se inspira nos textos do Aquinate. Neste trabalho, contudo, utilizar-se-á o termo sempre em seu sentido original, referindo-se unicamente a Santo Tomás.

Este artigo é uma tentativa neste sentido. Procura-se o direito das gentes de Tomás de Aquino na forma em que este autor o teria em mente. Para isso, empregou-se a análise textual das obras em que o *ius gentium* é mencionado, com particular respeito à relação de cada passagem relevante com o contexto geral da obra. Isto porque, mesmo que apresente uma estrutura esquemática que favoreça sua citação quase que a modo dos artigos de uma lei, a *Suma Teológica* não constitui uma coleção de brocardos, e sim uma compilação coerente, embora necessariamente incompleta, dos principais temas tratados pela Teologia. Portanto, embora sempre possa ser corrigida por investigações ulteriores, a *Suma* se pretende um esmaecido reflexo de uma verdade universal: o conteúdo pode não estar certo, mas independe de considerações de tempo e lugar — afinal, seu tema é ninguém menos que Deus, que transcende tais fatores.

O direito das gentes em Tomás de Aquino é um tema instigante para o historiador do Direito Internacional. Por um lado, a contribuição do Aquinate parece modesta: esse ramo do direito ocupa pouquíssimos artigos de sua obra magna e é apenas tangenciado em alguns de seus outros escritos. Além disso, é descrito com grande fidelidade aos velhos juriconsultos romanos, abundantemente citados, e de quem o Doutor Angélico empresta o vocabulário, as definições e o roteiro geral de sua argumentação na matéria. À primeira vista, o estudo tomista parece pouco mais que uma atualização medieval (portanto, desatualizada no presente) das elucubrações da Antiguidade latina.

Contudo, é patente que tal não teria sido a intenção de Tomás de Aquino. Ele não era jurista e nem estava envolvido com alguma controvérsia de direito das gentes à época da elaboração da *Suma*. Seu interesse pelo conceito romano do *ius gentium* era absolutamente instrumental: este lhe servia para completar o estudo do *ius*, o qual desenvolvia a virtude cristã da Justiça. Como se vê, o teólogo se movia no âmbito do universalismo moral cristão. Nessa perspectiva, qualquer homem, em qualquer tempo e lugar, pode e deve ser “justo” tal qual descrito na *Suma Teológica*. Da mesma forma, o direito estudado nessa obra é uma ideia geral, suscetível de aplicação por qualquer sociedade humana. Como enquadrar, então, o *ius gentium*, que é ramo desse direito? Ele, também, constitui um modelo capaz de aplicação universal?

A hipótese deste trabalho é que o *ius gentium* tomista

situa-se coerentemente em sua teoria jurídica e, portanto, se aplica, ao menos na intenção de seu autor, às comunidades humanas em geral, abstraindo das realidades romana e medieval. Em outras palavras, que o direito das gentes é parte cardeal, e não acessória, do raciocínio do autor da *Suma* sobre o fenômeno jurídico.

Desenvolver essa hipótese é de interesse para compreender a transição entre o *ius gentium* romano — individual, privatista, nacional na aplicação e alienígena no conteúdo — e o Direito Internacional moderno — estatal, público e de aplicação universal. Respondendo-se afirmativamente à pergunta de pesquisa, ter-se-á um indício de transição entre as concepções romana e contemporânea das relações (jurídicas) internacionais. Caso a resposta seja negativa, será necessário buscar em outro momento o início desta transição.

Para comprovar a hipótese, emprega-se neste trabalho um método de leitura contextual das passagens relevantes do Aquinate. Serão examinadas por perspectivas cada vez mais amplas, que possam replicar, adequadamente, o ponto de partida e as intenções prováveis do autor da *Suma* ao tratar do *ius gentium*. Os trechos que estudam o direito das gentes serão lidos, sucessivamente, nos marcos: (1) do vocabulário jurídico-moral tomista, cujos significados diferem do entendimento predominante na atualidade; (2) do próprio artigo em que foram escritos, para compreender a discussão subjacente; (3) da *Suma Teológica* como um todo, respeitando sua coerência interna; (4) das fontes romanas citadas pelo Aquinate; (5) do raciocínio jurídico aristotélico, especialmente da ideia de proporcionalidade; e (6) dos posicionamentos de representantes destacados da historiografia jusinternacionalista, a fim de compará-los com as conclusões do presente artigo.

O trabalho foi desenvolvido em seis partes, que correspondem aos contextos interpretativos citados acima. Assim, a seção 2 traz um resumo dos conceitos mais importantes da teoria jurídico-moral de Tomás de Aquino, ainda sem mencionar o direito das gentes. A seção 3 mapeia as citações do autor acerca do *ius gentium*, identificando as discussões específicas nas quais o tema vem à tona. A seção 4 examina a coerência entre os diferentes momentos em que o *ius gentium* é estudado pelo Aquinate, sobretudo na *Suma Teológica*, com um apartado para o *Tratado da Lei* e outro para o *Tratado da Justiça*. A seção 5 busca identificar qual a concepção de *ius gentium* encontrada pelo teólogo medieval entre os juristas romanos

que citou. A seção 6 verifica a compatibilidade entre o direito das gentes tomista e o marco filosófico-jurídico aristotélico, do qual Tomás se fez herdeiro. A seção 7 debate posicionamentos de outros autores sobre o direito das gentes em Tomás de Aquino.

Para essa última seção, na qual as conclusões parciais alcançadas serão estudadas pela lente do contraditório, foram selecionados os trabalhos de Santiago Ramírez⁴, Peter Hagggenmacher⁵ e Michel Villey⁶, que representam abordagens atuais e diferentes sobre o *ius gentium* tomista. O primeiro autor traz a perspectiva dos estudos tomistas, examinando a relação do direito das gentes com o direito natural, e algumas questões morais, como sua relação com a escravidão. O segundo, que é historiador do Direito Internacional, abordou a consistência e unidade conceitual do direito das gentes. O último, estudioso da Filosofia do Direito em perspectiva histórica, deteve-se especialmente no método do direito das gentes, em relação com a clássica “arte do direito” de origem romana.

2. PRECISÕES CONCEITUAIS: O DIREITO EM TOMÁS DE AQUINO

Antes de ingressar na análise do direito das gentes, é necessário traçar um breve panorama dos principais conceitos jurídicos esgrimidos pelo monge dominicano⁷. Note-se bem que Tomás de Aquino é teólogo, não jurista, e somente trata do Direito quando levado a tal

4 Santiago María Ramírez y Ruiz de Dulanto (1891-1967), teólogo espanhol tomista, autor de diversas obras em teologia, metafísica e filosofia política. Foi um dos responsáveis pela primeira edição da grande tradução espanhola da *Suma Teológica* pela *Biblioteca de Autores Cristianos*.

5 Peter Hagggenmacher (1944-) foi professor no *Graduate Institute of International Studies* de Genebra. Autor de uma monumental tese doutoral sobre Hugo Grócio, foi o pioneiro na aplicação do método da historiografia dos conceitos à história do direito internacional.

6 Michel Villey (1914-1988), jusfilósofo e historiador do direito francês, foi responsável por resgatar a teoria jurídica aristotélico-tomista na França, influenciando também em sua redescoberta na América Latina.

7 Para estudos mais completos sobre a doutrina jurídica de Tomás de Aquino, cf. VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pags. 131-198; FINNIS, John. **Aquinas**. Moral, Political, and Legal Theory. Oxford: Oxford University Press, 1998 (reimpr. 2004), pags. 132-215; BASTIT, Michel. **Nascimento da lei moderna: o pensamento da lei de Santo Tomás a Suarez**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pags. 3-191.

pela Teologia, no caso da *Suma Teológica*^{8 9}, ou pela Filosofia Moral, quando comenta a *Ética* a Nicômaco de Aristóteles¹⁰. Mais especificamente, na *Suma*, quando ele se interessa pelos fatores externos que podem influenciar a conduta humana, estuda a graça divina, as tentações do demônio, e a Lei – de Deus, da natureza e dos homens. Adiante, quando passa a tratar das virtudes, isto é, dos bons hábitos que conduzirão a pessoa à bem-aventurança eterna, ele se detém sobre a Justiça. É por isso que o que se poderia chamar de “teoria jurídica” de Aquino está dividida entre duas partes separadas de sua obra magna, respectivamente, o *Tratado da Lei*¹¹ e o *Tratado da Justiça*¹².

Em primeiro lugar, observa-se que o conceito de “direito” é identificado pelo Aquinate com o objeto da justiça¹³. Assim, o direito é o meio sobre o qual se exerce a ação demandada pela virtude da justiça. Esta é definida, de acordo com a tradição aristotélica, como “dar a cada um o seu”. É uma virtude importante, por ser a única a referir-se, imediatamente, à outra pessoa: enquanto as demais virtudes se dirigem, primeiramente, ao aperfeiçoamento individual, e, somente depois, de modo reflexo, ao bem do restante da comunidade, a virtude da justiça exerce-se sobre as ações exteriores, buscando, em primeiro lugar, corrigir as relações interpessoais, para, posteriormente, de maneira indireta, contribuir para a melhoria do próprio agente enquanto pessoa. Por isso, ao erigir o “outro” como destinatário primeiro da ação virtuosa, a justiça é essencialmente igualitária.

A justiça é o bom hábito que ordena a vontade, le-

vando-a a manter o respeito pelas coisas alheias — corpóreas ou não. Note-se que a marca distintiva da justiça, que é o manifestar-se na conduta externa no âmbito de uma relação interpessoal visando ao bem da outra pessoa, a situa e, ao mesmo tempo, a singulariza em relação ao que hoje se conhece como moral. Enquanto esse termo designa uma instância de julgamento das ações humanas que toma por critério o necessário para uma vida boa, a justiça, ainda que necessária para o aperfeiçoamento moral, compõe uma instância de julgamento diferente, pois avalia as condutas com base apenas no seu resultado, e não na intenção do agente. É uma virtude extremamente objetiva. O objeto desta são as coisas — mais especificamente, as coisas que devem ser entregues ao outro. Como o direito é o objeto da justiça, tem-se que o direito, no esquema tomista, é uma coisa, uma *res*, externa ao homem. O direito é, sobretudo, o que é devido a outrem.

Esse direito pode ser determinado com atenção a duas grandes fontes: a natureza das coisas e a convenção humana. A natureza das coisas significa o modo como elas são: em primeiro lugar, os partícipes da relação jurídica são essencialmente iguais em valor entre si. Em segundo lugar, o objeto em permuta possui determinado valor em determinado tempo e lugar, e tal valor deve ser correspondido durante a transação. Essa exigência radical de igualdade em todo tipo de relação interpessoal envolvendo bens é o direito natural. Por ser demasiado genérico, impõe-se sua complementação, pela sociedade, com atenção às circunstâncias pertinentes: será o direito positivo, ou “posto” pela sociedade. Em síntese, aceitando-se a definição tomista de que o direito é a coisa a ser entregue ao outro, tem-se que direito natural e direito positivo são recortes sucessivos da realidade, que buscam delimitar, com precisão crescente, qual a substância e a medida desta “coisa”.

Toda a temática da determinação do direito está enquadrada na ideia de lei. A lei é, para Tomás de Aquino, a regra e medida dos atos. Ele distingue entre a lei divina, cujo estudo não interessa aqui, a lei natural e a lei humana. Essa última é promulgada pelo príncipe, orientando a comunidade rumo ao bem comum. Já aquela é o reflexo das regularidades que podem ser percebidas na natureza, incluindo aí o modo de ser do homem. Importa ressaltar que a lei natural não alcança somente o que hoje se conhece por campo jurídico. Como o próprio homem está na natureza, a lei natural o abrange inteiramente: há preceitos de moral, cortesia, política etc.

8 AQUINO, Tomás de. *Suma teológica*, 9 vols. Tradução ao português pela equipe da ed. Loyola. São Paulo: Loyola, 2005.

9 O modo tradicional de referenciar a *Suma Teológica* (ST) distingue as quatro partes em I (*Prima pars*), I-II (*Prima Secundae* ou “Primeira da Segunda”), II-II (*Secunda Secundae*, “Segunda da segunda”) e III (*Tertia pars*). Note-se que “I-II” reflete o uso do caso genitivo no latim, e corresponde à primeira seção da segunda parte. Cada parte se divide em questões, citadas por “q.”, que correspondem a um tema. Por sua vez, subdividem-se em artigos, ou “a.”, sempre no formato de uma pergunta, cuja resposta aparente, que será refutada, é indicada logo a seguir. No artigo, enfim, distinguem-se: as objeções (“*obj.*”), que sustentam a tese combatida; a primeira refutação destas (“*sed contra*”), onde o autor busca apoio em outras fontes para sua posição; o corpo da resposta (“*corpus*”), onde o autor argumenta pela sua tese; e as respostas a cada objeção (“*ad 1*”, “*ad 2*” etc.).

10 AQUINO, Santo Tomás de. *Da Justiça*. (Título original: “*Sententia libri Ethicorum, Liber 5*”). Tradução de Tiago Tondinelli. Campinas: Vide Editorial, 2012.

11 ST I-II q. 90-108.

12 ST II-II q. 57-79.

13 ST II-II q. 57 a. 1.

que também são exigências da lei natural.

Essa precisão é importante para consolidar uma distinção fundamental, porém, pouco comentada, na teoria jurídica do autor da *Suma*: direito natural e lei natural não se confundem, sendo esta a moldura teórica onde aquele se determina. A lei natural reconhece as regularidades que há no mundo e as formula como princípios para a ação humana. O direito natural, por seu turno, somente aparece diante de um caso concreto, uma relação interpessoal envolvendo bens, no qual ele orientará a solução para a manutenção da igualdade fundamental de valor. Em síntese: a lei natural é imutável, embora a operação de sua descoberta e formulação nunca termine. Já o direito natural é mutável, quase a modo de proporção, variando na medida das circunstâncias de cada relação litigiosa, buscando manter sempre a igualdade presente na natureza.

O esquema jurídico tomista, portanto, não se baseia em leis naturais deduzidas da natureza ou da religião, que devem ser aplicadas de modo rígido por sobre as leis positivas. Trata-se, antes, da compreensão do direito enquanto objeto da justiça, tendo por tarefa precípua manter a igualdade nas trocas, obedecendo a padrões naturais e convencionais.

3. O *IUS GENTIUM* EM DUAS PASSAGENS DA *SUMA* E UMA DA ÉTICA

Esta seção inicia o estudo específico sobre o tema central do trabalho, mapeando as menções mais importantes ao direito das gentes na obra de Tomás de Aquino. Selecionaram-se duas passagens da *Suma Teológica* — uma do *Tratado da Lei* e outra do *Tratado da Justiça* — e um trecho do *Comentário à Ética a Nicômaco*.

Examinando especificamente o direito das gentes, parece difícil entender qual o seu lugar no esquema tomista das fontes do direito: pertence ao direito natural, ao direito positivo ou integra uma terceira categoria? A dúvida, originada por trechos díspares da *Suma Teológica*, principia, na leitura do *Tratado da Lei*, que integra a metade inicial da segunda parte. Ali, ele parece ser de direito positivo:

É da razão da lei humana que seja derivada da lei da natureza, como se evidencia do que acima foi dito. E, de acordo com isso, divide-se o direito positivo em direito das gentes e direito civil, segundo os dois

modos pelos quais algo deriva da lei da natureza, como foi dito acima. Com efeito, pertencem ao direito das gentes aquelas coisas que derivam da lei da natureza como as conclusões dos princípios, como as compras justas, as vendas, e outras coisas semelhantes, sem as quais os homens não podem conviver uns com os outros, o que é da lei da natureza, porque o homem é naturalmente animal social.¹⁴

Como se vê, embora inicie afirmando que o direito das gentes faz parte do direito positivo, Tomás assevera que o único motivo para tal classificação é o fato de derivar da lei natural: é possível considerar, por contraste, que todo o direito derivado desta é direito positivo. Quando se ocupa exclusivamente do direito das gentes, porém, ele volta a aproximá-lo da lei natural, ao dizer que deriva desta de modo quase imediato, como as conclusões se extraem dos princípios — ao contrário do direito positivo, que necessita da intervenção determinante da vontade humana. Alguns parágrafos depois, sua posição é esclarecida:

Deve-se dizer que o direito das gentes é de algum modo natural ao homem, segundo [o homem] é racional, enquanto [aquele] deriva da lei natural a modo de [uma] conclusão, que não é muito afastada dos princípios. Donde, facilmente, em tal os homens consentiram. Distingue-se, porém, da lei natural, maximamente enquanto é comum a todos os animais.¹⁵

A grande diferença entre lei natural e direito das gentes parece ser, no âmbito de aplicação: a primeira se aplica, também, aos animais, o segundo não. É preciso considerar que a obediência dos irracionais a seus instintos somente pode ser descrita impropriamente como decorrendo de uma lei, como já se viu. Então, se a diferença for apenas essa, não há uma grande separação. Se, na primeira leitura do *Tratado da Lei*, o *ius gentium* é positivo, o *iter* do raciocínio tomista parece inclinar-se para classificá-lo sob a rubrica do direito natural.

Já o *Tratado da Justiça*, que aborda essa virtude na segunda metade da segunda parte da *Suma*, o direito das gentes parece assumir a posição oposta:

Em sentido contrário, Isidoro declara: ‘O direito ou é natural ou civil ou das gentes’. Assim, o direito das gentes é distinto do direito natural. [...] Como se disse, o direito ou o justo natural é o que, por natureza, é ajustado ou proporcional a outrem. Ora, isso se pode dar de duas maneiras: primeiro, segundo a consideração absoluta da coisa em si mesma. [...] Segundo, algo é naturalmente adaptado

14 ST I-II q. 95 a. 4 c.

15 ST I-II q. 95 a. 4 ad 1.

a outrem, não segundo a razão absoluta da coisa em si, mas tendo em conta as suas consequências: por exemplo, a propriedade privada. Com efeito, a considerar tal campo de maneira absoluta, nada tem que o faça pertencer a um indivíduo mais do que a outro. Porém, considerado sob o ângulo da oportunidade de cultivá-lo ou de seu uso pacífico, tem certa conveniência que seja de um e não de outro, como o Filósofo o põe em evidência. Ora, apreender as coisas de maneira absoluta não convém apenas ao homem, mas também aos animais. Eis por quê, o direito chamado natural, no primeiro sentido, nos é comum, a nós e aos animais. ‘Do direito natural assim entendido, afasta-se o direito das gentes’, no dizer do Jurisconsulto, ‘pois, aquele é comum a todos os animais, este, porém, somente aos homens entre si. Ora, considerar alguma coisa, confrontando-a com suas consequências, é próprio da razão. Portanto, isso é natural ao homem, segundo a razão natural, que dita esse proceder.’¹⁶

O intuito desse último trecho é distinguir o direito das gentes do natural. Causa estranheza, então, que aquele seja apresentado como um ramo do *ius naturale*. Com efeito, o parágrafo começa definindo o *ius gentium* como um dos modos de apreensão daquilo que é adequado por natureza. Parece consistir em um subtipo do que é justo por exigência natural. Logo adiante, porém, no mesmo trecho, a consideração racional das consequências de condutas e instituições aparece como a marca distintiva do direito dos povos. O autor opera uma distinção dentro daquilo que é igual por natureza. Segundo Tomás, essa igualdade pode derivar da simples consideração da coisa, o que constituiria uma exigência do direito natural; ou do exame conjunto do objeto e das consequências às quais a relação pode levar. Esse último modo de apreender a igualdade seria típico do direito das gentes. Ora, considerar as coisas em relação com suas consequências é específico do ser humano (exclui os demais animais), pois se trata de um procedimento racional.

Mas lembre-se que também a consideração da coisa em sentido absoluto somente pode ser empreendida, no sentido estrito da expressão, pelo ser dotado de razão. Os animais não “consideram” propriamente as coisas, pois não conseguem nomeá-las, apreender sua essência nem abstrair de sua aparência¹⁷. Logo, o que distingue os dois direitos (natural e das gentes) não é a capacidade dos irracionais em compreender um deles, e sim o fato de que o direito natural existe independentemente da

vontade e até mesmo da consciência dos partícipes em uma relação envolvendo coisas. Isso pode ser comparado, embora impropriamente (Santiago Ramírez fala em uma analogia imperfeita¹⁸), com a adequação entre algum bicho e certa coisa, como seu alimento específico. Da mesma forma que entre o animal e sua presa há uma adequação que independe de suas vontades e nem foi estabelecida por ambos, assim, também, nas relações humanas, há algumas igualdades implícitas. Ora, a relação entre predador e presa somente pode ser dita “direito” caso se entenda este termo apenas como uma proporção entre um sujeito e um objeto. Nesse sentido, o animal menor está “ajustado” ao carnívoro para servir-lhe de alimento, e a planta está “ajustada” ao herbívoro na mesma proporção. É neste sentido que qualquer animal pode “considerar a coisa em absoluto”, pois sabe, instintivamente, aquilo que lhe convém e aquilo que lhe é nocivo. Falando em sentido estrito, porém, um irracional encontra-se fora de todo o direito, tanto natural como das gentes, pois não possui capacidade para exigir nada, muito menos para atribuir a outro o que lhe é devido justamente. Não é, pois, a suposta participação dos animais brutos no direito natural o que o distingue do *ius gentium*. Tomás realiza tal comparação apenas para ilustrar a falta de necessidade do consentimento humano para a formação do direito natural. Bem como em deferência aos juristas romanos, seus referenciais intelectuais nas discussões sobre justiça e direito.

Há, então, duas maneiras de buscar o justo nas coisas: a primeira é a observação simples descrita no parágrafo anterior. A segunda é a do *ius gentium*. As regras de direito das gentes precisarão contar com a anuência de muitos indivíduos (ou povos), pois a avaliação das consequências das relações pode levar a muitas conclusões diferentes, e será necessário escolher. Aproximase, assim, o direito das gentes do consenso humano. Já o direito natural se desenvolve em outro sentido: é o resultado de um exame simples das coisas que estão na relação, sem entrar no mérito da possível conveniência da solução.

Portanto, no *Tratado da Justiça*, o direito das gentes parece ser natural a princípio, porém, ao cabo possui mais afinidade com o direito positivo¹⁹.

18 RAMÍREZ, Santiago María. *El derecho de gentes o natural en Santo Tomás de Aquino (1225-1274)*. Editado por Carlos Rubén Terceiro-Muñíos. San Luis: Universidad Católica de Cuyo, 2007, pag. 18.

19 Interpretando a passagem do *Tratado da Justiça* que se discute

16 ST II-II q. 57 a. 3.

17 Sobre o modo de conhecimento dos animais irracionais, cf. ST I-II q. 6 a. 2 c.

Essa interpretação dos artigos acima expostos não é incontroversa²⁰: a maior parte das opiniões sobre esses trechos se limitam a descrever as primeiras tendências de cada passagem, chegando, assim, a resultados diametralmente opostos ao que se defendeu. Para o organizador da parte geral do *Tratado da Lei* na edição espanhola da *Suma Teológica* feita pela *Biblioteca de Autores Cristianos*, por exemplo, o *ius gentium* ali seria positivo. No *Tratado da Justiça*, o Aquinate teria optado por classificá-lo juntamente ao natural²¹. Também Peter Haggemacher qualifica o direito das gentes tomista como uno em aparência, mas essencialmente equívoco e resultado de uma tentativa do autor da *Suma* de conciliar posições radicalmente contrárias, apresentando-o como um conjunto de leis positivas no *Tratado da Lei*, e como associado ao justo natural no *Tratado da Justiça*²². Santiago Ramírez²³ e Luiz Henrique de Azevedo²⁴ interpretam ambas as passagens como aproximando o direito das gentes do natural, sendo aquele formado pelas conclusões imediatas que se poderiam extrair dos princípios gerais da lei natural²⁵. Paulo Emílio de Macedo²⁶ se aproxima dessa

interpretação, acrescentando que o *ius gentium* tomista abrangeria as conclusões extraídas da lei natural como consequência de situações criadas por condutas humanas. Já Michel Villey não vê oposição entre os dois trechos, que para ele exprimem um *ius gentium* que reflete o direito natural nos casos concretos (mas não a lei natural)²⁷.

Comparados entre si, os dois parágrafos do Aquinate parecem contradizer-se, tanto no que aparentam quanto no que realmente exprimem. Para colmar a dissonância, tome-se um trecho do *Comentário à Ética a Nicômaco*, em que o mestre de Roccasacca adota uma perspectiva ligeiramente distinta do direito das gentes:

Aristóteles considera o justo natural como o regramento para o qual se inclina a natureza humana, no entanto, percebemos que há no homem duas espécies de naturezas: Uma é a natureza animal, isto é, a que o homem compartilha com os animais. A outra lhe é própria, não a compartilhando com os outros seres inferiores, isto é, a natureza do ‘homem enquanto homem’, gestada pela racionalidade e concretizada na capacidade de discernir o torpe do honesto. Os juristas, porém, dizem somente que o justo é natural quando em conformidade com a inclinação da natureza comum ao homem e aos outros animais, tal qual a união entre o marido e a esposa, a educação dos filhos e outras atividades das relações familiares. Mas bem diferente é o Direito que segue a inclinação própria da natureza humana — a natureza racional. Os juristas a chamam de direito das gentes, pelo fato de que todos os povos a utilizam. Segundo os juristas, é regra do Direito das Gentes as propostas de que os pactos devem ser cumpridos, e de que as legações são imunes e protegidas, mesmo entre inimigos. Ambas as espécies de Justas são compreendidas pelo justo natural como foi, neste ponto da Ética, apresentado pelo Filósofo.²⁸

Aqui, o direito das gentes é o direito próprio das inclinações específicas da natureza humana. Em oposição ao direito natural, o qual — segundo os “juristas” — aplicar-se-ia ao homem e aos animais nos aspectos acima transcritos. É notável, nessa passagem, o rol de exemplos que o Aquinate toma dos comentadores do direito romano. O direito das gentes adquire um con-

aqui, Ortiz Treviño comenta que “*Santo Tomás, sobre todo seguidor del estagirita [sic], no omite el carácter convencional del ius gentium, es decir, como producto de un pacto o convenio entre los hombres y es por esto que lo considera derecho positivo.*” ORTIZ TREVIÑO, Roberto Gerardo. La naturaleza jurídica del *ius gentium* de acuerdo con la doctrina de Francisco de Vitoria. Estudio breve en honor al pensamiento de Antonio Gómez Robledo. In: **Anuario Mexicano de Historia del Derecho**, vol. XVII, pag. 39.

20 No sentido aqui defendido, embora de modo sintético, cf. CHROUST, Anton-Hermann. The ‘Ius Gentium’ in the Philosophy of Law of St. Thomas Aquinas. In: **Notre Dame Law Review**, vol. 17, n. 1 (1941), pag. 26.

21 OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio. Comentário à I-II q. 95 a. 4. In: AQUINO, Santo Tomás de. **Suma de Teología**, tomo II, 2ª ed. Madri: Biblioteca de Autores Cristianos, 1989, pag. 744.

22 HAGGENMACHER, Peter. **Grotius et la doctrine de la guerre juste**. 1983. Tese (Doutorado) - Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, Genebra, pag. 330.

23 RAMÍREZ, Santiago Maria. **El derecho de gentes o natural en Santo Tomás de Aquino (1225-1274)**. Editado por Carlos Rubén Terceiro-Muiños. San Luis: Universidad Católica de Cuyo, 2007.

24 AZEVEDO, Luiz Henrique Cascelli de. **Ius Gentium em Francisco de Vitoria: a fundamentação dos Direitos Humanos e do Direito Internacional na tradição tomista**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, pag. 114 *et seq.*

25 Vale mencionar a interpretação de Francisco Castilla Urbano, que expõe a distinção entre direito natural e *ius gentium* da q. 57 a. 1 como revelando a proximidade entre ambos. Assim, Tomás estaria “reconhecendo-o [o direito das gentes] também como um direito que difere do natural somente em relação as [sic] suas consequências, absolutas em um e adaptadas à razão humana no outro.” CASTILLA URBANO, Francisco. Francisco de Vitoria. In: DAL RI JR., Arno; VELOSO, Paulo Potiara de Alcântara; LIMA, Lucas Carlos (orgs.). **A Formação da Ciência do Direito Internacional**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2014, pag. 134.

26 MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. **Uma com-**

paração entre os conceitos de Jus Gentium em Francisco Suárez e Hugo Grócio. 2007. Tese (Doutorado em direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007, pags. 46-52.

27 VILLEY, Michel. Considérations intempêtes sur le droit des gens. In: **Archives de philosophie du droit**, v. 32: le droit international (1987).

28 AQUINO, Santo Tomás de. **Da Justiça**. (Título original: “Sententia libri Ethicorum, Liber 5”) Tradução de Tiago Tondinelli. Campinas: Vide Editorial, 2012, Lição XII.

torno internacionalista, enquanto, nos trechos da *Suma* comentados, as ilustrações do *ius gentium* eram de outra índole — justiça na compra e venda e conveniência da propriedade privada.

A multiplicidade de significados possíveis que se viu nesse apartado será reduzida a partir das próximas seções. Iniciar-se-á pela análise contextual das passagens discordantes da *Suma Teológica*.

4. O IUS GENTIUM NO CONTEXTO DA SUMA TEOLÓGICA

Da apresentação dos trechos relevantes do Aquinate, algumas indagações se fazem presentes: em suma, o que é o *ius gentium* para Santo Tomás de Aquino? Insere-se no direito natural ou no positivo? Como conciliar os trechos díspares da *Suma* que o abordam? É indicado seguir a mesma ordem que o Doutor Angélico. Iniciar-se-á, pois, pela análise do *Tratado da Lei*.

4.1. O Tratado da Lei

Ao estudar a lei humana enquanto um dos princípios extrínsecos que movem a ação dos homens, o artigo 4º da questão 95 pergunta se ela pode ser dividida de acordo com a tradicional definição que Isidoro de Sevilha, autor das *Etimologias*, dava do *ius*, decompondo-o em lei natural, direito das gentes e direito civil²⁹. Vale notar que o termo “lei humana” aqui não se deve entender em contraste com a lei natural, mas com a lei divina, pois esta é a primeira divisão que Isidoro faz³⁰. A primeira objeção levantada por Tomás à utilidade das *Etimologias* refere-se ao fato de que Isidoro mencionou o direito das gentes na rubrica relativa ao direito humano, quando na realidade deveria pertencer ao direito natural.

A melhor resposta seria notar que a lei natural, que o bispo sevilhano não diferencia do direito natural, também se inclui no direito humano, dado que a outra alternativa seria o direito divino. Com efeito, Isidoro entende

direito humano como simplesmente “*ius*”, ao contrário do divino, que seria o “*fas*” das permissões de Deus. Desde o advento de Roma, *ius* e *fas* eram considerados lado a lado como os aspectos respectivamente profano e sagrado, ou justo (segundo o direito) e lícito (por permissão dos deuses)³¹. Essa distinção ainda encontra eco em Tomás de Aquino: ao conceituar o direito, ocupa-se em separá-lo do *fas*³². Poder-se-ia criticar a colocação lado a lado de três espécies (direitos natural, das gentes e civil) pertencentes a dois níveis de classificação distintos: o direito das gentes estaria em um segundo nível³³. Porém, a mera presença do *ius gentium* na categoria “direito humano” não é uma impropriedade, segundo o sentido que as *Etimologias* dão aos termos.

Contudo, o Aquinate responde de modo diverso e mais complexo, aproveitando a questão para especificar a relação entre a lei humana e a natural. O desenvolvimento do *corpus* do artigo mostra que Santo Isidoro foi citado em virtude da descrição dos vários tipos de leis que empreende. Ele se aprofunda nas diversas categorias do *ius civile*, o que dá ao Doutor Angélico oportunidade para abordar diversos aspectos do modo em que as normas jurídicas realizam e complementam a tarefa da lei natural.

A resposta começa estabelecendo um princípio metodológico: para saber se a divisão proposta por Isidoro de Sevilha é “aceitável”, o critério utilizado será verificar se a mesma parte de algum elemento essencial da lei. A boa divisão será aquela que classifica as espécies de um gênero de acordo com os distintos modos em que a pertença ao gênero se manifestar. No caso da lei, o autor das *Etimologias* elegeu, segundo Santo Tomás, a derivação de toda lei da lei natural como aspecto comum, operando a divisão de acordo com o modo como esta derivação ocorre³⁴. Daí a apresentação dos três tipos de

31 URDÁNOZ, Teófilo. Introducción a la cuestión 57. In: AQUINO, Santo Tomás de. *Suma Teológica*, t. VIII. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1956, pag. 181

32 “Non dicitur proprie *ius lex divina*, sed *fas*...” ST II-II q. 57 a. 1 ad 3. A palavra grifada encontra-se em itálico no original. Em tradução livre: “A lei divina não se chama propriamente direito, e sim *fas*”.

33 AZEVEDO, Luiz Henrique Cascell de. *Ius Gentium em Francisco de Vitoria*: a fundamentação dos Direitos Humanos e do Direito Internacional na tradição tomista. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, pag. 84.

34 “Cada coisa pode [...] dividir-se segundo aquilo que se contém em sua razão. [...] Há muitas coisas da razão da lei humana, segundo as quais qualquer lei humana pode dividir-se propriamente [...] Primeiramente, é da razão da lei humana que seja derivada da lei da natureza...” ST I-II q. 95 a. 4 c.

29 HAGGENMACHER, Peter. *Grotius et la doctrine de la guerre juste*. 1983. Tese (Doutorado) - Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, Genebra, pags. 320-321.

30 ISIDORO DE SEVILLA. *Etimologias*. Edición bilingüe. Versão ao espanhol de José Oroz Reta e Manuel-A. Marcos Casquero. Madri: Biblioteca de Autores Cristianos, 2004, pag. 501. Disponível em: < <http://www.larramendi.es/i18n/consulta/registro.cmd?id=5374> >. Acesso em: 01.09.2018.

direito: natural, civil e das gentes.

Em relação à objeção que considerava o direito das gentes como parte do direito natural, deve ser observado que o Aquinate a aceita em grande parte³⁵. Pois diz que pertencem ao direito dos povos aquelas conclusões derivadas da lei natural que a tomam por princípio. O exemplo é o da justiça nas relações de compra e venda. Aduz que são conclusões próximas dos postulados da lei natural. Por um lado, tão próximas que a tendência é que todos concordem sem muito esforço sobre seu teor. Mas há uma separação: o direito das gentes não se identifica com a parte da lei natural que é comum aos animais. Contudo, nessa última sentença, Tomás de Aquino excedeu a classificação de Isidoro: recorde-se que o prelado ibérico operava dentro de uma primeira e magna divisão, entre direito humano e divino. Seu direito das gentes é humano, mas também seu direito natural. Não existe a categoria “direito animalesco” nas *Etimologias*. Caso se interprete este artigo da *Suma* como uma explicação do texto de Santo Isidoro, a conclusão será que, para o Aquinate, a lei natural e o direito das gentes seriam a mesma coisa. Somando-se o contorno “direito humano” de Isidoro ao critério de distinção de Tomás entre *ius gentium* e *ius naturale*, não é mais possível separá-los.

Ora, o intuito da *Suma*, como dito acima, não era comentar as *Etimologias*. A referência a essa última obra deve ser interpretada restritivamente, não se devendo assumir que o Aquinate concordava com tudo o que ali estava. A conclusão deve ser então matizada: no *Tratado da Lei*, o direito das gentes está mais próximo ao direito natural. Embora não se identifique com este: é uma derivação da lei natural. Derivação realizada a modo de dedução³⁶.

Assim, os trechos desse *Tratado*, em que se afirma que o *ius gentium* é de direito natural, devem ser compreendidos como uma qualificação: se enfatiza sua maior proximidade com o direito natural do que com o

direito positivo. Esse último também deriva da lei natural, porém, de outra maneira, isto é, por determinação. Aqui as comunidades humanas (*civitas*) escolhem, livremente, o que mais lhes convém, dentro do espaço deixado pela lei natural — que é expressivo, como já visto.

Consequentemente, a divisão isidoriana tripartite está correta caso seja considerada quanto à relação entre lei humana e lei natural. Assim, ter-se-á, primeiramente, a lei natural, a qual informa tanto o direito das gentes, por via de conclusão, quanto a lei civil, por determinação. O direito das gentes é um componente necessário desta divisão, pois a lei humana origina-se da lei natural por dois modos distintos. Faz parte da lei humana, mas se situa mais próximo à *lex naturalis* do que os diversos ordenamentos das repúblicas. O exemplo mencionado por Tomás de Aquino nesse passo — justiça nas transações de compra e venda — se encontra extremamente próximo do que pode ser naturalmente compreendido com aplicação da razão humana às coisas. No *Tratado da Lei*, então, o direito das gentes situa-se na vizinhança imediata do *ius naturale*. Resta ver se tal ordenação se mantém quando o Doutor Angélico se volta especificamente ao direito e à justiça.

4.2. O Tratado da Justiça

No *Tratado da Justiça*, estudam-se os atos humanos, especificamente aqueles que tendem à virtude da justiça, ou a seu contrário, a injustiça. O *ius gentium* aqui é agraciado com um artigo inteiro: “o direito das gentes é o mesmo que o direito natural?”³⁷ Embora pareça ser o protagonista, o direito das gentes, mais uma vez, foi citado, apenas, a título de pretexto: Michel Villey nota que o propósito do artigo é apresentar as formas pelas quais se pode conhecer o direito natural³⁸. Se algo for tido universalmente por correto, será devido por uma exigência da natureza?

Já se viu que o Aquinate fornece um caminho duplice para chegar ao justo natural. Uma via consiste na observação dos bens na relação e da igualdade que já existe entre os partícipes da mesma. Outra observa as possíveis consequências das relações envolvendo coisas; trata-se de um juízo mais afim à utilidade e conveniência. O exemplo desse segundo modo de proceder

35 BARRETO, Rafael Zelesco. O caso hipotético da morte do embaixador francês na Espanha: duas espécies de *ius gentium* em Francisco de Vitoria. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, 2017, pag. 539.

36 Respondendo à questão “Toda lei posta pelo homem deriva da lei natural?”, Tomás enfrenta a objeção segundo a qual “Aqueles coisas que derivam dos princípios comuns da lei da natureza, como conclusões, pertencem à lei da natureza...”, que ele não rejeita, apenas modula para “aquela razão procede [apenas] a respeito daquelas coisas que derivam da lei da natureza como conclusões” ST I-II q. 95 a. 2 obj. 2 e *ad 2*.

37 ST II-II q. 57 a. 3.

38 VILLEY, Michel. *Questões de Tomás de Aquino sobre direito e política*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, pags. 131-152.

refere-se à propriedade, mais especificamente à propriedade privada dos terrenos. Por sua própria natureza, a terra não manifesta nenhuma exigência de que seja dividida. Contudo, observando certo pedaço de terra com alguma intenção específica — Tomás menciona duas: o melhor proveito do campo e a manutenção da paz — é possível concluir que ele corresponderá melhor ao bem de certa sociedade caso seja dividido entre as pessoas: “tem certa conveniência que seja de um e não de outro”³⁹. Ora, o que aproveita à comunidade pode ser objeto de divergências, e dependerá em parte das condições físicas de cada sociedade. Será necessário proceder a uma escolha entre as várias opções possíveis — em relação ao exemplo do campo, muitos povos adotaram o nomadismo, outros a propriedade comunal. Note-se a respeito que o exemplo dado refere-se a um campo (não “aos campos”) e a uma pessoa determinada (o campo será de “um” e não de “outro”)⁴⁰. Isto é, trata-se de relações jurídicas singulares, não do estabelecimento de regras gerais. O direito das gentes é um direito, não uma lei — e para Tomás, como se recorda, são dois termos distintos. Portanto, este *ius* buscará a parte devida a cada um a partir de considerações gerais sobre as coisas — embora mais específicas que o raciocínio do direito natural. O diferencial é que o *ius gentium* provém de um raciocínio deliberativo, pelo qual se preveem os possíveis resultados das decisões no seio de uma sociedade específica. Retornando ao exemplo do Aquinate, a “este campo” pode convir uma divisão, a outro não.

Vale a pena acompanhar o retorno da discussão tomista sobre a propriedade privada no estudo sobre o furto. Ao analisar esse vício contrário à virtude da justiça, o teólogo medieval se ocupa, preliminarmente, em estabelecer a legitimidade da propriedade em si. Nesta *Quaestio* 66 da *Secunda Secundae*, é interessante notar que a justificação da apropriação privada é feita em dois artigos distintos. O primeiro indaga se a posse de bens exteriores é natural ao homem⁴¹. Após a resposta afirmativa, o artigo seguinte questiona o caráter privado da propriedade⁴². A segmentação da discussão deve-se ao fato de que as bases de justificação diferem: Tomás não encontra dificuldades para afirmar que todo homem possui um domínio natural sobre o restante da Cria-

ção, pois os seres mais imperfeitos existem para os mais perfeitos. O problema surge no ponto seguinte: a apropriação de um bem com exclusividade não seria manifestação de um egoísmo antissocial e anticristão⁴³? Pior ainda, não se estaria fraudando o direito natural, que se abstém de atribuir os bens a indivíduos singulares⁴⁴? Em resposta, sugerem-se três argumentos bastante realistas: os homens tendem a cuidar menos das coisas que possuem em comum, fiando-se no esforço dos outros; a administração das propriedades comuns é confusa; e as posses indivisas são mais aptas a suscitar contendas entre seus donos⁴⁵.

Resta combater a objeção que apontava a inaturalidade da propriedade privada. E a *Suma* apela ao *ius gentium*, embora sem nomeá-lo: quando se diz que a comunidade dos bens é de direito natural, isto não constitui uma proibição intransponível (como seria o caso diante da lei natural), mas uma constatação de que a natureza das coisas não dividiu nada entre ninguém. Não é necessário que as sociedades se imobilizem perante esse fato; a convenção humana pode proceder às repartições caso isto seja considerado conveniente — e Tomás argumenta, como se viu, pelas vantagens da privatização das propriedades, com base no que via em seu mundo. “A divisão das posses não vem do direito natural, porém de convenção humana, dependendo, portanto, do direito positivo”⁴⁶. Essa sentença é reveladora: cada república divide os bens que há nela como reputar mais adequado: âmbito do direito positivo.

Mas a divisão das propriedades não havia sido exatamente o exemplo escolhido pelo Aquinate para ilustrar um dos modos de encontrar o direito natural? Como se viu há poucos parágrafos, o estabelecimento do *ius naturale* através da consideração das consequências das coisas foi demonstrado com base no caso da repartição dos bens. Se, então, se falava sobre direito natural, como, agora, na questão sobre o furto, o dominicano afirma que a distinção das posses se deu por direito positivo? Nota-se ainda que este último trecho faz uma remissão ao primeiro. Isto é, não se trata de um lapso do Doutor Angélico — que seria inverossímil dada a proximidade entre ambas as passagens.

A aparente contradição deve, então, ser entendida

39 ST II-II q. 57 a. 3.

40 VILLEY, Michel. *Considérations intempêtes sur le droit des gens*. In: *Archives de philosophie du droit*, v. 32: le droit international (1987), pag. 19.

41 ST II-II q. 66 a. 1.

42 ST II-II q. 66 a. 2.

43 ST II-II q. 66 a. 2 obj. 2.

44 ST II-II q. 66 a. 2 obj. 1.

45 ST II-II q. 66 a. 2 c.

46 ST II-II q. 66 a. 2 ad 1.

no sentido de que é a razão humana a responsável pela divisão das coisas. Com efeito, o segundo modo de encontrar o direito natural, observando as hipotéticas consequências que podem advir das diversas condutas possíveis, somente pode ser empreendido com o auxílio decisivo da razão humana. Não se trata de uma operação silogística, na qual a lei natural assuma a premissa maior, a “consideração das consequências” integre a menor, e a solução de direito natural surja como conclusão irrefutável. Na verdade, o direito natural aqui dependerá do esforço propositivo da razão humana — um esforço deliberativo, como deixa claro o Aquinate ao falar em “convenção” — de alcançar uma solução justa considerando certas circunstâncias específicas. E deve ser dito que essa deliberação racional não busca uma correção absoluta, universalizável. São levadas em conta as características próprias sob as quais os habitantes daquela república vivem, e esta é a tarefa do *ius gentium*.

É o que se depreende de um último retorno às razões oferecidas pelo Doutor Angélico em prol da propriedade privada. Note-se que Seus argumentos aí não exibem pretensão de generalização universal. Os três são graduais, indicando que as consequências sociais são melhores quando cada um possuir seus bens — mas não se condena o estado contrário. E o raciocínio se baseia na experiência e no senso comum: a propriedade coletiva é menos cuidada “como acontece quando há uma [grande] quantidade de criados na casa”⁴⁷, ter um bem como próprio contribui para a paz social, pois se vê “surgirem frequentes litígios entre os que têm posses comuns e indivisas”⁴⁸. Em outras circunstâncias, sob outro regime econômico ou condições demográficas diferentes, ou ainda em uma cultura que enxergasse os bens de forma distinta, a solução, talvez, fosse outra. Nas condições em que vivia Tomás de Aquino, a propriedade privada parecia o sistema mais adequado — ao menos até prova em contrário. O exemplo da legitimação da propriedade privada é claro: esse segundo direito natural, encontrado com base na consideração das consequências e que é apelidado de *ius gentium* no artigo, possui algo de direito positivo.

Essas considerações se encontram, na verdade, muito próximas das especificações da lei natural encontradas a modo de determinação, que haviam sido mencionadas no *Tratado da Lei*. Mas há um problema: ali, o *ius*

gentium era descrito como oriundo de um processo de mera conclusão a partir de princípios. Aqui, na questão sobre o furto, ele necessita de uma operação de deliberação. Aparentemente, Tomás de Aquino se contradiz em relação à forma de encontrar o direito das gentes.

A dúvida se desfaz quando se atenta para a pergunta que está sendo respondida em cada seção: no estudo sobre a lei, se deseja saber como se derivavam outras leis da lei natural. Ao tratar da justiça, investiga-se como se pode conhecer o direito natural. No primeiro caso, emprega-se o modo dedutivo, partindo da generalidade da lei natural para chegar às particularidades da vida dos homens através de outras leis, formas de concretização da lei natural. No segundo, pratica-se o modo indutivo, que conduz da coisa justa singular ao método genérico que se empregará para conhecê-la: a partir do justo por exigência natural, intenta-se alcançar algum princípio que indique no que consiste exatamente o direito natural. No *Tratado da Lei*, o direito positivo é o objeto da pergunta; no *Tratado da Justiça*, busca-se o direito natural. Essa diferença de enfoque faz com que o *ius gentium*, embora seja um instituto único para Tomás, tenha, em cada *Tratado*, realçada sua proximidade, respectivamente, com o direito natural e com o positivo. A diferença é mais de ênfase que de substância.

Para compreender bem o tema, é mister lembrar que as palavras “direito” e “lei” revestem, para Tomás, significados expressivamente distintos. Em síntese, a lei indica, no plano abstrato e genérico, a medida da coisa justa a ser depois definida em cada caso concreto, no que consistirá o direito. Logo, as formulações acerca do direito das gentes nos dois trechos da *Suma* que se contrastam aqui não possuem exatamente o mesmo sentido. Isto porque o que se convencionou chamar de teoria jurídica de Santo Tomás é composta de duas partes: uma reflexão sobre a ordenação das coisas, desde o cosmos até as relações particulares, que se realiza através da lei. E um estudo sobre a arte e o modo de dar a cada um o que lhe cabe, exercendo a virtude da justiça em prol do direito. As duas partes comportam, cada, um plano natural e um humano. Assim, ao tratar da promoção da ordem na sociedade, menciona-se a lei natural e a lei positiva. Versando sobre o *suum cuique*, tem-se o direito natural e o positivo. Todos esses termos possuem significados específicos e respondem a um problema diferente, não podendo ser reduzidos a sinônimos: lei natural e direito natural não se identificam; o direito positivo utiliza, mas não se reduz, à lei positiva.

47 A tradução consultada omitiu o termo “grande”. Conferir o original: “*sicut accidit in multitudine ministrorum*” (grifo acrescentado).

48 ST II-II q. 66 a. 2 c.

No que tange ao *ius gentium*, nota-se que ele se encontra no âmbito do justo, ao lado do direito natural e do positivo. Contrariamente a estes, porém, não exhibe um correspondente relacionado com a lei: a questão relativa a ele no *Tratado da Lei* continua a referir-se ao *ius gentium*⁴⁹. Não se vê uma *lex gentium*⁵⁰, o que faz todo sentido quando se recorda que a lei é uma ordenação da razão promulgada com vistas ao bem comum. No mundo de Tomás (como de resto no atual), não havia sentido em imaginar a figura de um legislador universal. Ainda que o Papa e o Imperador do Sacro Império Romano Germânico eventualmente se arrogassem tais títulos, eles jamais detiveram poder para legislar, efetivamente, sobre as *gentes* da Europa. Suas pretensões universalistas baseavam-se mais na faculdade de influenciar outros governantes ou de vetar políticas específicas que os prejudicassem. Seja como for, é um fato que a obra política do teólogo de Roccasecca ignora a existência de um autor universal para a *lex gentium*. A natureza também não assume esse papel, como fica claro do exame do *Tratado da Lei*, em que a *lex naturalis* é minuciosamente discutida, sem que a extensão de suas conclusões ao modo de vida dos diversos povos seja mencionada como efeito.

Provavelmente, essa ausência da *lex gentium* foi causada também pelo respeito do Aquinate à linguagem de seus mestres na arte do direito, os velhos jurisconsultos latinos. Ela é útil não apenas para captar o caráter intermediário do direito dos povos, mas para reforçar a relação entre lei e direito: a primeira é logicamente anterior ao segundo, pois determina o que é de cada um em geral, ao que o direito segue com a tarefa de particularizar a diretriz legal levando em conta a proporção que emana do caso concreto. Assim, o direito das gentes possui

49 Dessa dissonância vocabular poder-se-ia inferir que, no tema do direito das gentes, o estudo do direito, feito no *Tratado da Justiça* e onde o *ius gentium* se aproxima mais do direito positivo, possui prioridade sobre o estudo da lei efetuado no *Tratado da Lei* e no qual se enfatiza a proximidade do *ius gentium* com a lei natural. Como o autor mantém o termo “*ius*” no *Tratado da Lei*, seria defensável afirmar que, para ele, se tratava de um ramo do direito e não da lei, e que o *Tratado da Justiça* representaria o núcleo do exame tomista do direito dos povos. Contudo, esse argumento possui força apenas relativa e probabilística.

50 Daniel Herrera entende que, no *Tratado da Lei*, o *ius gentium* é considerado em uma perspectiva de *lex gentium*, a qual comporia a razão do direito das gentes do *Tratado da Justiça*. Cf. HERRERA, Daniel Alejandro. *Ius gentium: ¿derecho natural o positivo? In: ZORROZA, María Idoya (org.). Proyecciones sistemáticas e históricas de la teoría suareciana de la ley: Jornadas de Iustitia et Iure en el Siglo de Oro*. Buenos Aires, 2008, pag. 48.

uma dimensão legal, que está próxima da *lex naturalis* tal qual as primeiras conclusões que se derivam de princípios; e uma dimensão propriamente jurídica, mais afim ao direito emanado da vontade humana, como um primeiro raciocínio superficial sobre a adequação de uma divisão a certa sociedade.

A diferença de tratamento do *ius gentium* faz sentido, então, quando se observa que se trata de um meio termo entre os direitos natural e positivo⁵¹. É um princípio recorrente no raciocínio tomista o de que o meio entre dois termos parece igualar-se a cada um dos extremos, caso comparado com o outro. “O que está no meio, se comparado a um dos extremos, parece com o outro, pois participa da natureza de ambos. Como exemplo, o morno é frio em relação ao quente, e é quente em relação ao frio.”⁵² Sendo assim, a alternância entre direito natural e positivo representa uma forma de Tomás expressar a situação do direito das gentes, notando-se, também, a relativa falta de interesse pessoal dele no tópico — não é um jurista⁵³. Portanto, no *Tratado da Lei*, quando inquiria sobre o direito positivo, o direito das gentes foi apresentado como lei natural. Exatamente o oposto se deu no *Tratado da Justiça*.

Esclarecidos esses pontos, pode-se intentar definir o direito das gentes para Tomás de Aquino. Combinando-se os dois momentos em que a *Suma* o menciona expressamente, tem-se que é uma conclusão próxima da lei natural, cuja aplicação se faz por determinação. Compõe-se de princípios dedutíveis com facilidade das regularidades da lei natural, mas neles já intervém a vontade humana, na forma de uma escolha, como o exemplo da conveniência de dividir ou não um campo deixa patente. Esse influxo do querer humano se faz de modo ainda embrionário e pouco consciente, diferentemente da instituição solene das leis positivas.

Essa interpretação parece a única que dá pleno sentido a todas as citações do Aquinate feitas nesse tópico. Fica evidente que o direito das gentes era, para ele,

51 AZEVEDO, Luiz Henrique Cascelli de. ***Ius Gentium em Francisco de Vitoria: a fundamentação dos Direitos Humanos e do Direito Internacional na tradição tomista***. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, pag. 111.

52 ST I q. 108 a. 4 ad 5.

53 “Contudo, são Tomás [*sic*] só falava do *jus gentium* por uma preocupação concordista e para dar conta dos textos de Gaio e de Ulpiano; embora se costume ensinar o contrário, não considero essa noção essencial ao seu sistema das fontes do direito.” VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pag. 387. Grifos mantidos.

uma espécie de meio termo entre o natural e o positivo, que não se identificava plenamente com nenhum dos dois. Logicamente, deve haver, então, um elemento que o diferencie de ambos os extremos. Em relação ao direito natural, tal separação somente pode ocorrer pela intervenção da vontade humana. E, a respeito do direito positivo, a diferença está em que tal vontade se manifesta de modo inconsciente, abrangendo várias repúblicas — daí o nome “direito dos povos”. Esse direito das gentes não pode ser confundido com o costume vigente nas várias cidades, que também integra o direito civil local. Então, o *ius gentium* compreenderá as práticas repetidas em diversas repúblicas, que refletem, de modo mais imediato, a lei natural. É a primeira concretização do direito natural em seu percurso rumo à resposta correta para um determinado caso. Se o direito, em Santo Tomás, designa a parte que deve ser entregue ao outro em uma relação envolvendo bens, o direito das gentes é o primeiro contorno dessa parte justa. Insuficiente para resolver um litígio, porém já excluindo as soluções que, claramente, não são adequadas.

O que Tomás não diz é como exatamente encontrar esse direito das gentes. Na falta de indicação direta, é possível recorrer às fontes por ele citadas. A próxima seção, então, estudará a descrição romana do *ius gentium*, muito voltada à prática e com um sabor cosmopolita que deveria soar exótico e atraente aos olhos de um estudioso medieval.

5. O *IUS GENTIUM* NAS FONTES ROMANAS DE TOMÁS DE AQUINO

Uma das primeiras autoridades invocadas pelo Aquinate é o bispo Isidoro de Sevilha, que, de certa forma, pelo momento em que viveu, constituiu um receptáculo da cultura romana legada à Idade Média. Isidoro de Sevilha descreve o *ius gentium* em um parágrafo:

*El derecho de gentes se manifiesta en la ocupación de terras, construcciones de edificios, fortificaciones, guerras, prisioneros, servidumbres, restituciones, tratados de paz, armisticios; comprende también la inviolabilidad de los embajadores o la prohibición de contraer matrimonio con personas extranjeras. Y se llama derecho de gentes porque tiene vigencia en casi todos los pueblos.*⁵⁴

54 ISIDORO DE SEVILLA. **Etimologías**. Edición bilingüe. Versão ao espanhol de José Oroz Reta e Manuel-A. Marcos Casquero. Madri: Biblioteca de Autores Cristianos, 2004, pag. 503.

Como se vê, o bispo do século VI tinha claro que o direito das gentes abarcava, principalmente, instituições voltadas às relações além-fronteiriças. Até mesmo seu último exemplo, que Haggenmacher nota encaixar-se com dificuldade entre os temas do atual direito internacional⁵⁵, pode ser relacionado à repressão à espionagem, ao relacionamento entre clãs distintos na Europa da Alta Idade Média e à condição jurídica do estrangeiro. Por outro lado, nota-se que Isidoro não exige unanimidade no direito das gentes⁵⁶, bastando-lhe que esteja em vigor para muitos povos⁵⁷ (provavelmente, os mais próximos, mais conhecidos ou culturalmente mais afins).

Além do clérigo visigodo, citam-se algumas passagens do *Digesto*, mas apenas no *Tratado da Justiça*, no qual examina o direito propriamente. No *Tratado da Lei*, os juristas romanos não são consultados. Dentre as citações aproveitadas pelo Aquinate, destaca-se a seguinte, de autoria do jurisconsulto Ulpiano:

O direito natural é o que a natureza ensinou a todos os animais. Pois este direito não é próprio do gênero humano, mas de todos os animais que nascem na terra ou no mar, comum também das aves. Daí deriva a união do macho e da fêmea, a qual denominamos matrimônio; daí a procriação dos filhos, daí a educação. Percebemos, pois, que também os outros animais, mesmo as feras, são guiados pela experiência deste direito.

O direito das gentes é aquele do qual os povos humanos se utilizam. O que permite facilmente entender que ele se distancia do natural, porque aquele é comum a todos os animais e este é comum somente aos homens entre si.^{58 59}

55 HAGGENMACHER, Peter. **Grotius et la doctrine de la guerre juste**. 1983. Tese (Doutorado) – Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, Genebra, pag. 323.

56 O que já denota um traço de positividade nesta concepção de *ius gentium*. Cf. AZEVEDO, Luiz Henrique Cascelli de. **Ius Gentium em Francisco de Vitoria: a fundamentação dos Direitos Humanos e do Direito Internacional na tradição tomista**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, pag. 83.

57 TUORI, Kaius. The Reception of Ancient Legal Thought in Early Modern International Law. In: FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne (orgs.). **The Oxford Handbook of the History of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, pag. 1018.

58 JUSTINIANO I (org.). **Digesto de Justiniano**, livro I. Tradução de Hécio Maciel França Madeira, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Osasco: UNIFIEO, 2000, I.1.1.3-4.

59 Advirta-se que, na última frase transcrita, os termos “aquele” e “este” estão trocados na tradução. O trecho original reza: “*Ius gentium est, quo gentes humanae utentur. Quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit.*” (Grifos acrescentados.) A confusão estriba em referir “*illud*” ao “*ius gentium*”, quando claramente se relaciona com o “(*ius*) *naturale*”,

Como lido acima, Ulpiano atribuía o *ius gentium* exclusivamente aos homens e o *ius naturale* indiferentemente a homens e animais. Frise-se que o direito romano não cingia os animais irracionais de qualquer direito, e a distinção de Ulpiano acabava por tornar-se inócua na prática⁶⁰. Sua intenção talvez não fosse descrever, exatamente, o que ocorria na prática forense em Roma, e sim justificar, filosoficamente⁶¹, o conteúdo de um direito superior que limitaria a vontade dos legisladores e jurisconsultos romanos⁶². Para isso, chamou a atenção para institutos tão evidentes que os próprios animais os adotavam, como o casamento; e para outros menos evidentes, mas também facilmente perceptíveis, que até os atrasados bárbaros conseguiam desenvolver, como a propriedade e a escravidão, cuja outra face, a manumissão ou alforria do escravo, aparece no trecho a seguir:

Também as manumissões são do direito das gentes. Vem, pois, a manumissão de ‘*demissão pela mão*’, isto é, a concessão da liberdade: pois enquanto o manumitido se liberta da *potestas*, o que estiver em servidão se submete à *manus* e à *potestas*. Isto toma origem no direito das gentes, visto que por direito natural todos nasceriam livres e não se conheceria

dado que “*ius gentium*” é o sujeito da segunda frase (“*Quod*”), sendo pois designado pelo pronome “*hoc*”. A tradução correta, pois, seria: “O direito das gentes é aquele do qual os povos humanos se utilizam. O que permite facilmente entender que ele se distancia do natural, porque este é comum a todos os animais e aquele é comum somente aos homens entre si.” Nesse sentido, também GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**, 3ª ed. Tradução de António Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, pag. 97; SCOTT, Samuel P. **The Civil Law**, vol. 2: Enactments of Justinian: Institutes, Digest (Pandects) Books I and II. Versão inglesa de Samuel P. Scott. Cincinnati: The Central Trust Company, 1932. Disponível em: < <http://www.constitution.org/sps/sps02.htm> >. Acesso em: 01.09.2018.

60 AZEVEDO, Luiz Henrique Cascelli de. **Ius Gentium em Francisco de Vitoria: a fundamentação dos Direitos Humanos e do Direito Internacional na tradição tomista**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, pags. 69-72.

61 Por isso, quanto ao *ius gentium*, não era importante para os romanos saber se era seguido exatamente por todos os povos; bastava-lhes reconhecer a razoabilidade e simplicidade de seus preceitos para concluir que deveriam provavelmente ser replicados em toda parte. BRIERLY, J.L. **The Law of Nations: an Introduction to International Law**, 5ª ed. New York: New York University Press, 1955, pag. 17.

62 “Ou Ulpiano seria um mau jurista, por não descrever o *ius gentium* histórico com a devida acuidade, ou seria um mau filósofo, por desconhecer os fundamentos da bipartição aristotélica.” MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. **Uma comparação entre os conceitos de Jus Gentium em Francisco Suárez e Hugo Grócio**. 2007. Tese (Doutorado em direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007, pag. 42 (grifos mantidos). A divisão aristotélica entre direito natural e positivo não admitia a extensão do conceito aos animais, muito menos fazia referência à natureza enquanto legisladora.

a manumissão, bem como se desconheceria a servidão. Mas depois que a servidão se iniciou pelo direito das gentes, seguiu-se o benefício da manumissão. E como por um único nome natural seríamos chamados ‘homens’, por direito das gentes começamos a ser de três gêneros: os livres, os servos (a aqueles contrário) e, como terceiro gênero, os libertos, isto é, os que deixaram de ser servos.⁶³

É importante ressaltar o reconhecimento, pelo jurisconsulto, de que o *status* natural do homem era a liberdade, e que a escravidão não se deve ao direito natural, mas ao *ius gentium*. Este último parece surgir em conjunto com a atuação humana na história. Enquanto, na época primitiva, homens e animais se guiariam pelas regras da natureza com as quais vieram ao mundo, as condutas dos homens criaram novas situações, com base nas quais nasceu o *ius gentium*. Esse direito dos povos adquiriu tamanha autonomia que Ulpiano pode notar sem qualquer ânimo de crítica a oposição entre o aparato jurídico da escravidão (com seu apêndice, a manumissão) e a igual liberdade de que todo ser humano desfrutaria pelo direito natural. O *ius gentium* aparentemente derogou tal disposição⁶⁴. A tripartição do direito em Ulpiano parece confirmar-se em outra citação no mesmo livro do *Digesto*:

Ius civile é o que não se afasta no todo do direito natural ou do direito das gentes, bem como não serve a este em todas as coisas. Assim, quando acrescentamos ou subtraímos algo do direito comum, tornamo-lo um direito próprio, isto é, um direito civil.⁶⁵

A mesma ideia do *ius gentium* aparece em Hermogeniano, que não é citado pelo Doutor Angélico, mas sem dúvida foi lido por este, dado que trechos de sua obra se intercalam com os de Ulpiano e Gaio no *Digesto*. Agora o direito das gentes exibe um aspecto mais institucional:

Por este direito das gentes as guerras foram introduzidas, destacados os povos, fundados os reinos, distintos os domínios, postos os limites nos campos, construídos os edifícios, instituídos

63 JUSTINIANO I (org.). **Digesto de Justiniano**, livro I. Tradução de Hécio Maciel França Madeira, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Osasco: UNIFIEO, 2000, I.1.4. (Grifos mantidos.)

64 “*Being practically inclined, the Romans paid little attention to theoretical underpinnings of this debate and to the ius naturale. Instead, stressing law rather than theory, Roman lawyers rarely discussed the origins of slavery but rather accepted the fact that slavery existed and developed a body of law applicable to slaves and slave owners.*” MULDOON, James. *Spiritual Freedom – Physical Slavery: The Medieval Church and Slavery*. In: **Ave Maria Law Review**, vol. 3, Spring 2005, pag. 75.

65 JUSTINIANO I (org.). **Digesto de Justiniano**, livro I. Tradução de Hécio Maciel França Madeira, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Osasco: UNIFIEO, 2000, I.1.6. (Grifos mantidos.)

o comércio, as compras e vendas, as locações e as obrigações; excetuadas outras coisas que foram introduzidas pelo *ius civile*.⁶⁶

Trata-se de um direito que estabelece uma base comum entre os costumes dos vários povos conhecidos pelos romanos. Partindo desse denominador mínimo, as nações desenvolvem seus institutos jurídicos autonomamente, e se estabelecem distinções, como apontado por Gaio em trecho copiado pelo Aquinate:

Todos os povos que são regidos por leis ou por costumes se utilizam em parte do seu próprio direito, em parte do direito comum a todos os homens. Pois o direito que cada povo por si mesmo a si constituiu este é próprio da mesma civitas e se chama *ius civile*, como que um direito próprio desta mesma civitas. Mas aquele que a razão natural constituiu entre todos os homens, o qual entre todos igualmente é protegido, chama-se direito das gentes, como que o direito do qual todos os povos se utilizam.⁶⁷

É interessante notar que Gaio não menciona, explicitamente, as palavras “*ius naturale*”, provavelmente atribuindo ao *ius gentium* o lugar de direito instituído pela razão⁶⁸. Seu direito das gentes equivale, pois, ao direito natural⁶⁹.

Dessa breve incursão pelo tratamento do direito das gentes entre os romanos, tem-se que este parece opor-se em regra ao direito civil, entendido como o *ius* da cidade. O direito dos povos seria um substrato, em parte filosófico e em parte descoberto por observação, que permitiria uma comunicação jurídica mínima com os povos vizinhos de Roma⁷⁰. Sua origem seria dúplice, em

parte deduzida de postulados racionais e, de outro lado, da certeza da correção de certas práticas que eram disseminadas entre as “gentes” conhecidas. Embora seja relativamente fácil distinguir entre o direito civil e o dos povos, os juristas tropeçavam à hora de separar entre direito das gentes e direito natural — e alguns sequer procuravam distingui-los, como Gaio.

É possível adicionar ou tirar algo desse “direito comum” que parece conter o natural e o das gentes, mas a modificação contará apenas como *ius civile*. Logo, aqueles dois são imutáveis, ao contrário dos preceitos das cidades. A qualificação de direito comum denota uma observação dos outros povos em busca de confirmação do que se pensa pertencer ao *ius gentium*. Moreira Alves entende que os direitos da natureza e dos povos compartilham a característica da universalidade, diferindo por ser o primeiro um conceito filosófico provindo do estoicismo, e o segundo o resultado da repetição de costumes entre os povos⁷¹.

Por fim, um rápido exame da prática romana ajudará a elucidar esse conceito. O *ius gentium* foi concebido para incluir os estrangeiros presentes em territórios dominados por Roma nas soluções do direito romano sem, contudo, ferir a exclusividade da qual os cidadãos, por tradição e preceitos religiosos, gozavam em relação ao *ius civile*. Como o procedimento civil na República valorizava sobremaneira o ritual e as fórmulas ditas corretamente, os estrangeiros se viam em dificuldades quando tentavam resolver seus litígios pela via jurídica, dado que não eram admitidos aos processos do direito civil⁷². Para satisfazer esses habitantes, instituiu-se o cargo do pretor peregrino, que ficava a cargo de organizar a resolução judicial das questões envolvendo estrangeiros. Para isso, podiam-se copiar algumas das regras das ações civis, adaptando-as às necessidades locais. Os pretores peregrinos evitavam impor o *ius civile* a não cidadãos, e passaram a desenvolver um direito próprio para estrangeiros em Roma com base nos costumes mais evidentes que se repetiam entre os povos conhecidos. Foi este o surgimento do *ius gentium*⁷³ que, com a concessão da cidadania romana a todos os habitantes do Império

Hautes Études Internationales, Genebra, pag. 318.

71 ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**, vol. I, 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pag. 80.

72 VILLEY, Michel. **Direito Romano**. Porto: Res, 1991.

73 GIORDANI, Mário Curtis. **Iniciação ao direito romano**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1991, pags. 84-90. MARKY, Thomas. **Curso elementar de Direito Romano**, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pag. 15.

66 JUSTINIANO I (org.). **Digesto de Justiniano**, livro I. Tradução de Hécio Maciel França Madeira, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Osasco: UNIFIEO, 2000, I.1.5. (Grifos mantidos.)

67 JUSTINIANO I (org.). **Digesto de Justiniano**, livro I. Tradução de Hécio Maciel França Madeira, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Osasco: UNIFIEO, 2000, I.1.9. (Grifos mantidos.)

68 “*Gaius paraît suivre ici une tendance amorcée deux siècles plus tôt, dès l’époque de Cicéron, et qui, s’écartant du point de vue technique des jurisconsultes, prêtait au ius gentium les traits d’un droit valable non plus seulement à Rome, mais chez tous les peuples, comme son nom semblait l’indiquer. Cet usage, sans doute à la fois populaire et pseudo-philosophique, a pu suggérer par la suite qu’on avait affaire à un droit tirant sa validité d’une nécessité supérieure, de la nature même des choses.*” HAGGENMACHER, Peter. **Grotius et la doctrine de la guerre juste**. 1983. Tese (Doutorado) - Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, Genebra, pag. 315.

69 Note-se que é um direito vigente entre homens, não entre nações tomadas como sujeitos autônomos. Cf. MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. O mito de Francisco de Vitória: defensor dos direitos dos índios ou patriota espanhol? **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 1-13, jan./jun. 2012, pag. 3.

70 HAGGENMACHER, Peter. **Grotius et la doctrine de la guerre juste**. 1983. Tese (Doutorado) - Institut Universitaire de

em 212, passou a concentrar-se, exclusivamente, na moderação e evolução do *ius civile*⁷⁴ por uma perspectiva cosmopolita⁷⁵.

Tudo isso pode ter influenciado o pensamento do Aquinate ao tratar do direito das gentes. Embora não mencione mais os estrangeiros, seu *ius gentium* se constitui da observação daquilo em que “todos os homens estão de acordo”⁷⁶, bem como das deduções da lei natural. Embora os exemplos da *Suma* sejam todos próximos ao direito natural, nos *Comentários à Ética*, ele cita os “juristas” — provavelmente os que se acabou de discutir — e se mostra bastante consciente da dimensão intercomunitária do direito das gentes: “é regra do direito das gentes as propostas [*sic*] de que os pactos devem ser cumpridos, e de que as legações são imunes e protegidas, mesmo entre inimigos”⁷⁷.

Isso reflete a origem dúplice vista no direito romano, bem como o dilema que os juristas já haviam enfrentado: o direito das gentes obriga porque é adotado por todos os povos, ou sua aceitação geral é decorrência de sua obrigatoriedade? A resposta de Tomás parece inclinar-se para a primeira opção. O direito das gentes necessita, essencialmente, do direcionamento da vontade humana, embora de um modo pouco consciente e dócil aos impulsos básicos da lei natural, de modo que todos concordem facilmente com ele⁷⁸, sem necessitar ser promulgado como uma lei civil⁷⁹. Sua popularidade em diversos lugares é um indício de sua adequação à lei natural⁸⁰.

74 SHERMAN, Gordon E. *Jus Gentium and International Law*. In: *The American Journal of International Law*, vol. 12, n. 1 (jan. 1918), pag. 60.

75 NUSSBAUM, Arthur. The Significance of Roman Law in the History of International Law. In: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 100 (1952), pag. 682. VIOLA, Francesco. Derecho de gentes antiguo y contemporáneo. In: *Persona y derecho* 51 (2004), pags. 167-170.

76 ST II-II q. 57 a. 3 obj. 1.

77 AQUINO, Santo Tomás de. **Da Justiça**. (Título original: “Sententia libri Ethicorum, Liber 5”). Tradução de Tiago Tondinelli. Campinas: Vide Editorial, 2012, Lição XII.

78 ST I-II q. 95 a. 4 ad 1.

79 ST II-II q. 57 a. 3 ad 3.

80 “The natural law is absolutely necessary, an evident principle or a necessary conclusion. The law of nations is hypothetically necessary, a conclusion of the greatest fittingness. Positive law is hypothetical, by circumstantial determination.” AGUILAR, José Manuel de. The Law of Nations and the Salamanca School of Theology. In: *Thomist*, vol. 9 (1946), pag. 201. *Apud* SCHALL, James V. Natural Law and the Law of Nations: Some Theoretical Considerations. In: *Fordham International Law Journal*, vol. 15, n. 4, 1991, pag. 1024.

Até aqui, nota-se que a concepção tomista do *ius gentium* conseguiu incorporar o entendimento romano a sua própria teoria jurídica. Esta última, porém, como sabido, não é uma criação original do Aquinate, tendo sido desenvolvida com base na clássica reflexão aristotélica. Embora os conceitos básicos trabalhados pelo Estagirita já tenham sido analisados nas páginas anteriores, vale a pena deter-se em uma das noções mais importantes para a visão aristotélica do direito: a ideia de proporcionalidade.

6. O IUS GENTIUM NO CONTEXTO DO RACIOCÍNIO JURÍDICO ARISTOTÉLICO: A PROPORCIONALIDADE

Embora não seja explicitada nas passagens estudadas de Tomás de Aquino, a proporcionalidade aristotélica, que será estudada nesta seção, confere sentido e unidade a todas as suas reflexões sobre o tema.

Como já se viu, o Aquinate se detém na conclusão de que o *ius gentium* é um primeiro consenso entre os povos. Seria fácil concluir, porém, que um consenso tão amplo dificilmente poderá abranger uma grande diversidade de conteúdo. Por outro lado, já se viu que não há confusão com a lei natural; tratam-se de coisas distintas. A primeira parte da chave parece estar no método empregado pelos romanos: no direito das gentes, os vários povos conhecidos concordam. Em segundo lugar, pode-se considerar o modo aristotélico de investigação do direito: este é, antes de mais nada, uma proporção⁸¹. Entre vários povos com leis díspares entre si, o modo de obter o mesmo *ius gentium* deve ser observando as condições mais básicas de cada sociedade. Da mesma forma que uma fração pode manter a proporção original alterando seu denominador, desde que o numerador mude na mesma razão, assim também o direito das gentes equivalerá ao mínimo denominador comum que pode haver entre nações conhecidas, desde que se mantenha a igualdade nas relações envolvendo coisas⁸².

Trata-se daquilo que é adequado à convivência humana considerando-se as características mais genéricas

81 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução do grego de António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009, Livro V, III, 1131 b 15.

82 A analogia entre o direito e a proporcionalidade matemática também é de Aristóteles. Cf. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução do grego de António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009, Livro V, III, 1131 a 30 *et seq.*

da sociedade, que podem ser descritas como escolhas inconscientes feitas pelos povos ao longo de suas histórias. Dessa forma, o requisito da vontade humana se faz presente, mesmo que de modo inconsciente e generalizador, como uma “vontade histórica da coletividade”. Somente assim a descrição tomista do direito encontrado a partir da consideração das consequências das coisas, que também é o direito estabelecido pelas primeiras conclusões derivadas da lei natural, faz sentido.

Com efeito, quando trata do modo em que a lei humana há de ser derivada da lei natural, a *Suma* aproveita uma passagem de Isidoro de Sevilha para enumerar as qualidades da norma: “Será a lei honesta, justa, possível segundo a natureza, segundo o costume da pátria, conveniente ao tempo e ao lugar, necessária, útil...”⁸³ Ao explicar a fórmula isidoriana, Tomás escreve que a lei não deve, apenas, conformar-se aos costumes do país, mas também às “devidas circunstâncias”, mencionando a adequação a tempo e lugar⁸⁴. Tudo isso é dito conveniente para a disciplina que a norma deverá exercer sobre a comunidade. Ou seja, para que possa obrigar com eficácia, a lei positiva humana precisa ajustar-se a certos padrões sociais pré-existentes, os quais dependem das condições de tempo e lugar. Esses padrões sociais constituem o direito das gentes.

Mas o Aquinate não menciona a expressão “*ius gentium*” neste artigo — identificar as circunstâncias de tempo e lugar que ele menciona ali com o direito dos povos seria forçar seu pensamento? Na verdade, caso se considerem todos os requisitos exigidos por Tomás para a instituição de uma lei positiva, parece evidente que os costumes e as condições temporais e locais fazem parte do direito das gentes. A grande preocupação do *Tratado da Lei* é com a dedução das leis inferiores a partir da lei natural. Ao examinar a enumeração das qualidades da lei positiva feita por Isidoro, Aquino anota que a boa lei deve ser conforme à lei divina, à lei natural e à utilidade humana. O respeito aos costumes já existentes e às condições físicas em que o povo vive é ordenado ao segundo tópico, a lei natural. São modos de garantir o respeito à lei natural. E dependem da conduta humana. Uma concretização da lei natural mediante influência da matéria humana é exatamente a ideia de *ius gentium* que Tomás de Aquino empregava.

O direito das gentes tomista é, então, formado pela

adequação entre a forma geral de existência de uma sociedade, por um lado, e a convivência humana de forma que possibilite a dar a cada um o seu nas disputas envolvendo bens, por outro. Esses requisitos mínimos necessários ao desenvolvimento do direito civil em cada comunidade constituem o direito dos povos. Em sua caminhada pela história, cada povo faz algumas escolhas, alterando sua situação original⁸⁵. O modo em que tais escolhas são feitas não importa muito, pois o direito se prende, objetivamente, ao panorama externo. O fato é que cada comunidade humana se encontra em uma condição determinada, apresentando fatores que se repetirão em diversas outras, embora não necessariamente em todas⁸⁶.

Não é difícil enxergar aqui um paralelo com o estudo que Aristóteles faz das *polis* de seu tempo na *Política*. Ali, o filósofo se ocupou sobretudo de catalogar a estrutura e os costumes políticos de aproximadamente uma centena de cidades-estado, buscando confirmação de diversas teses políticas, como as de Platão, através da prática social. Comentando tal obra, Michel Villey diz que é quase um tratado de direito natural — no sentido aristotélico⁸⁷. Aparentemente, o Estagirita deu os primeiros contornos concretos a suas ideias jusnaturalistas da Ética a Nicômaco.

É nesse sentido que o conteúdo do *ius gentium* tomista não possui, necessariamente, abrangência universal, podendo variar entre sociedades muito distantes e distintas entre si. Em uma das raras vezes nas quais menciona um exemplo de direito das gentes, Tomás de Aquino indica a escravização dos prisioneiros na guerra, afirmando que foi instituída por uma lei humana, sendo também um direito do qual quase todos os povos se valem⁸⁸. Não exige, pois, a unanimidade. Sua adequa-

85 OLGIATI, Francesco. **El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino**. Pamplona: EUNSA, 1977, pag. 253.

86 Embora valha a advertência de James Schall no sentido de que as culturas humanas não são reciprocamente incomensuráveis, exibindo um fundo de discurso comum sobre o que é a natureza humana. SCHALL, James V. *Natural Law and the Law of Nations: Some Theoretical Considerations*. In: **Fordham International Law Journal**, vol. 15, n. 4, 1991, pags. 1025-1026.

87 VILLEY, Filosofia, pag. 361.

88 “*There is also a kind of slave or servitude by human law. For law declares that war captives are slaves of the victors, and almost all peoples observe it, and so also we call it a common law of peoples.*” AQUINAS, Thomas. **Commentary on Aristotle’s Politics**. Versão para o inglês de Richard J. Regan. Indianapolis; Cambridge: Hackett, c2007, I, 4, 1. Vale notar que a tradução inglesa utilizou a mesma palavra “*law*” para o que Tomás denominara alternativamente “*lex*” e “*ius*”. O original reza: “*Sed etiam est aliquis servus vel serviens secundum legem inter homines posi-*

83 ST I-II q. 95 a. 3.

84 ST I-II q. 95 a. 3 c.

ção a certo tipo de guerra, de condições sociais e de relações político-religiosas na Antiguidade e na Idade Média, pode ser discutida e possivelmente aceita, enquanto, aplicada aos padrões de convivência do século XXI, seria uma desproporcionalidade clara.

Também se nota a diversidade de origens do direito das gentes, manifestado em cada povo de forma distinta. Alguns usam *leges*, como as regulações canônicas sobre o direito da guerra em vigor na Cristandade. Outros apenas praticam o *ius*, que lhes vêm do costume imemorial ou é descoberto na prática⁸⁹. Seja como for, o direito das gentes, embora amplo em seu raio de incidência, não exhibe a universalidade da lei natural.

A cada configuração geral de sociedade corresponderão algumas exigências iniciais para que se possa manter a proporção entre pessoas e bens. O direito das gentes variará, então, de acordo com questões mais básicas como o fato de a sociedade em questão ser grande ou pequena; nômade ou sedentária; aberta ao exterior ou fechada; individualista ou coletivista; estática ou dinâmica... A partir da resposta a estas perguntas iniciais poder-se-á refinar o exame das instituições daquela sociedade na resolução dos casos em que as partes reclamam justiça⁹⁰.

tam. Est enim quaedam promulgatio legis ut illi qui sunt victi in bello, dicantur esse servi eorum, qui contra eos praevaluerunt: et hoc iure quasi omnes gentes utuntur, unde et ius gentium nominatur." AQUINO, Sancti Thomae de. **Sententia libri Politicorum**. Ed. Leonina, 1971. Disponível em: < <http://www.corpusthomicum.org/cpo.html#79140> >, acesso em: 01.09.2018. Grifos acrescentados.

89 "Uma proporção justa [...] uma justiça está integrada na cidade de Atenas, não sem dúvida tal como é de fato em cada momento de sua história, mas tal como tende a tornar-se." VILLEY, Michel. *Filosofia* pag. 359

90 "Is it by law of nature that things are owned privately, within certain limits, under the common circumstances of civilized life? It is. But notice that the statement is not particularly sharp: 'within certain limits' and 'under common circumstances of civilized life.' In a very small tribe in a tropical forest, for instance, in the Amazon or Equatorial Africa, what meaning does private property assume? Are those common conditions realized which are needed in order that it be naturally right that there be some sort and some amount of private property? Perhaps not. Circumstances are conceivable in which doing without private property is the thing good and desirable and right, for the obvious reason that the common forms of civilization which make private property desirable are not realized. Wherever the normal conditions of civilized existence are realized it is right by nature, given those conditions, that there be some sort and some amount of private ownership. Do not try to obtain more precision, more specification, by way of logical connection. It will not work." Embora sem compartilhar da noção de "vida civilizada" do autor, pensa-se que este parágrafo descreve adequadamente a diferença dos resultados que os vários povos do mundo alcançarão ao longo de sua história no que tange ao direito das gentes. SIMON, Yves R. **The Tradition of Natural Law: A Philosopher's Reflections**. Editado por Vukan Kuic. Nova York: Fordham University Press, 1992, pag. 154.

7. OUTRAS INTERPRETAÇÕES DO *IUS GENTIUM* EM TOMÁS DE AQUINO

Essa interpretação do *ius gentium* tomista não é vista nos principais comentaristas do mestre italiano que analisaram mais a fundo o aspecto jurídico de sua obra. Não obstante, pensa-se que é a mais adequada, pelo que se expôs acima, e pelas insuficiências encontradas em outros esquemas interpretativos, que serão expostos a seguir, para auxiliar a desbastar tal conceito com o rigor do contraditório.

7.1. Santiago Ramírez

Em primeiro lugar, Santiago María Ramírez entende o direito das gentes tomista como o direito natural secundário, derivado do primário por via de conclusões imediatas e necessárias⁹¹. É um direito racional, pois obtido através do uso da razão, embora baste um emprego breve desta para convencer-se da correção de tal direito. Nessa capacidade, contrapõe-se ao direito natural, o qual o autor chama de direito intelectual, convindo ao homem enquanto ser capaz de conhecimento imediato e intuitivo⁹². Para Ramírez, então, o direito natural consiste nos princípios enunciados pela sindérese, sentido interior que possibilita o conhecimento intuitivo a partir do que se percebe na realidade exterior⁹³. Esses princípios, que ele resume nos postulados da lei natural do Aquinate⁹⁴, possuem validade universal, são conhecidos por todos e imutáveis⁹⁵. Com base neles, as pessoas podem fazer um esforço dedutivo, consideran-

91 RAMÍREZ, Santiago María. **El derecho de gentes o natural en Santo Tomás de Aquino (1225-1274)**. Editado por Carlos Rubén Terceiro-Muñoz. San Luis: Universidad Católica de Cuyo, 2007, pags. 40 et seq.

92 RAMÍREZ, Santiago María. **El derecho de gentes o natural en Santo Tomás de Aquino (1225-1274)**. Editado por Carlos Rubén Terceiro-Muñoz. San Luis: Universidad Católica de Cuyo, 2007, pag. 57.

93 RAMÍREZ, Santiago María. **El derecho de gentes o natural en Santo Tomás de Aquino (1225-1274)**. Editado por Carlos Rubén Terceiro-Muñoz. San Luis: Universidad Católica de Cuyo, 2007, pag. 28.

94 RAMÍREZ, Santiago María. **El derecho de gentes o natural en Santo Tomás de Aquino (1225-1274)**. Editado por Carlos Rubén Terceiro-Muñoz. San Luis: Universidad Católica de Cuyo, 2007, pag. 13.

95 RAMÍREZ, Santiago María. **El derecho de gentes o natural en Santo Tomás de Aquino (1225-1274)**. Editado por Carlos Rubén Terceiro-Muñoz. San Luis: Universidad Católica de Cuyo, 2007, pags. 10-11.

do a realidade prática na qual estão inseridas, e chegar a novos princípios⁹⁶, nos quais poderão basear-se para criar leis adequadas a cada sociedade. Trata-se de uma razão deliberativa e comparativa, que chega a resultados absolutos⁹⁷ e universalmente válidos⁹⁸ — seus juízos só falham poucas vezes⁹⁹, pela limitação da razão humana. O papel da razão humana na descoberta desse *ius gentium* é tão restrito, e ele é formado por proposições tão obviamente dedutíveis da lei natural, que se reduz, na verdade, a um direito natural¹⁰⁰, ou natural racional¹⁰¹. Carlos Soria completa esse raciocínio explicando que, nos locais onde Tomás qualifica o *ius gentium* de positivo, emprega esse adjetivo de modo extensivo, querendo significar, simplesmente, que decorre de um positivo esforço humano para deduzir suas conclusões¹⁰².

Santiago Ramírez está certo quanto ao papel intermediário do direito das gentes em Tomás de Aquino. Não se pode concordar, porém, acerca da confusão que faz entre direito e lei¹⁰³. Com efeito, para ele o direito

natural consiste, formalmente, no conteúdo dos enunciados ou princípios da *sindérese*¹⁰⁴. Dessa identificação, que não é do Aquinate, como se deve insistir, decorre a descrição que o professor espanhol faz do direito das gentes como uma espécie de direito natural. Caso se entenda o direito como lei, será preciso determinar de qual norma o *ius gentium* derivará. O próprio nome exclui que seja a lei positiva, de aplicação limitada às fronteiras nacionais. Portanto, necessariamente, derivará da lei natural, e poder-se-ia especificar que é da terceira das inclinações inatas descritas por Tomás de Aquino¹⁰⁵ (busca pelo bem específico do ser humano através da vida social¹⁰⁶); daí o posicionamento de Ramírez¹⁰⁷.

Tal esquema é problemático, porém, em primeiro lugar por olvidar uma distinção capital no pensamento do Doutor Angélico. A lei é, para ele, uma ordenação da razão. E o direito é a proporção igualitária existente entre homens e coisas, ou aquilo que deve ser entregue ao outro em virtude de tal proporção. Já se viu que os dois conceitos coexistem de modo próximo: sem a lei

96 RAMÍREZ, Santiago Maria. **El derecho de gentes o natural en Santo Tomás de Aquino (1225-1274)**. Editado por Carlos Rubén Terceiro-Muñoz. San Luis: Universidad Católica de Cuyo, 2007, pags. 31-32.

97 RAMÍREZ, Santiago Maria. **El derecho de gentes o natural en Santo Tomás de Aquino (1225-1274)**. Editado por Carlos Rubén Terceiro-Muñoz. San Luis: Universidad Católica de Cuyo, 2007, pag. 36.

98 RAMÍREZ, Santiago Maria. **El derecho de gentes o natural en Santo Tomás de Aquino (1225-1274)**. Editado por Carlos Rubén Terceiro-Muñoz. San Luis: Universidad Católica de Cuyo, 2007, pag. 49 e 69-79.

99 RAMÍREZ, Santiago Maria. **El derecho de gentes o natural en Santo Tomás de Aquino (1225-1274)**. Editado por Carlos Rubén Terceiro-Muñoz. San Luis: Universidad Católica de Cuyo, 2007, pag. 46.

100 RAMÍREZ, Santiago Maria. **El derecho de gentes o natural en Santo Tomás de Aquino (1225-1274)**. Editado por Carlos Rubén Terceiro-Muñoz. San Luis: Universidad Católica de Cuyo, 2007, pag. 56.

101 RAMÍREZ, Santiago Maria. **El derecho de gentes o natural en Santo Tomás de Aquino (1225-1274)**. Editado por Carlos Rubén Terceiro-Muñoz. San Luis: Universidad Católica de Cuyo, 2007, pag. 58.

102 SORIA, Carlos. Introducción a las cuestiones 95-97. In: AQUINO, Santo Tomás de. **Suma Teológica**, tomo VI. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1956, pag. 148.

103 “Se comprende sin dificultad por qué el Angélico toma a veces la ley y el derecho como sinónimos, y por qué los divide o distingue proporcionalmente. La ley es esencialmente un producto o una creación de la *sindérese* o de la prudencia gubernativa en forma de proposiciones imperativas reguladoras de las acciones humanas al bien común de toda la humanidad o de porciones determinadas de ella que llamamos Estados – comunidades perfectas –. Porque así como en nuestras actividades exteriores y corporales distinguimos el trabajo y su producto o resultado, por ejemplo, la construcción de una casa y la misma casa construida, así también en las actividades interiores de nuestra inteligencia especulativa y práctica distinguimos:

- el acto mismo de entender o de ordenar y su producto o resultado, que es el verbo mental simple o compuesto procedente y resultante de nuestra inteligencia en acto: verbo mental simple en forma de mero término o definición, correspondiente a la simple aprehensión;

- verbo mental compuesto en forma de enunciación o de proposición, correspondiente al juicio inmediato;

- y verbo mental compuesto en forma de silogismo o de argumentación, correspondiente al juicio mediato o discurso.

Y el contenido de ese verbo mental compuesto del entendimiento o de la razón práctica en forma de enunciación o de proposición imperativa, es el derecho objetivo formalmente considerado, o, lo que es lo mismo, el justo medio, el objeto formal de la justicia.” RAMÍREZ, Santiago Maria. **El derecho de gentes o natural en Santo Tomás de Aquino (1225-1274)**. Editado por Carlos Rubén Terceiro-Muñoz. San Luis: Universidad Católica de Cuyo, 2007, pags. 8-9.

104 RAMÍREZ, Santiago Maria. **El derecho de gentes o natural en Santo Tomás de Aquino (1225-1274)**. Editado por Carlos Rubén Terceiro-Muñoz. San Luis: Universidad Católica de Cuyo, 2007, pag. 10.

105 MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. **Uma comparação entre os conceitos de Jus Gentium em Francisco Suárez e Hugo Grócio**. 2007. Tese (Doutorado em direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007, pags. 51-52.

106 ST I-II q. 94 a. 2 c.

107 A confusão entre direito natural e lei natural é bastante comum entre os estudiosos da História do Direito Internacional. Como exemplo, ver VERDROSS, Alfred. O fundamento do direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 10, n. 2, 2013. Título original: Le fondement du droit international. Recueil des cours de l'Académie de Droit International, 1927, p. 325-384. Tradução de Marcelo Dias Varella (coordenador), Amabile Pierroti, Luiza Nogueira e Marlon Tomazette. Disponível em: < <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2685/pdf> >. Acesso em: 01.09.2018, pags. 4 *passim*.

será difícil e arbitrário determinar o que é de cada um. Mas o jusnaturalismo de Aquino trata ambos como realidades separadas, pertencentes a gêneros distintos e separados por muitas páginas na *Suma Teológica*: a lei é um princípio, logo antecede a ação. E o direito é o objeto de uma virtude, logo influi, diretamente, no curso da ação. Portanto, embora o *ius gentium* realmente ocupe um lugar intermediário, é preciso definir a qual das realidades pertence: lei ou direito. No pensamento do autor espanhol resenhado, isso não fica claro. Parece que Ramírez opta por aproximar o direito das gentes da lei (natural), em consonância com todo o restante do direito, dada a equivalência que enxerga entre os dois termos¹⁰⁸.

Deve-se questionar qual a utilidade do conceito de *ius gentium*. Pois o que é decorrência próxima e imediata dos princípios da lei natural compartilha a natureza da instância superior¹⁰⁹. Afinal, a lei natural pode ser descrita como “racional” no sentido de que é descoberta pelo ser humano no exercício de sua razão (era por isso que os animais não se sujeitavam propriamente à *lex naturalis*, mas apenas impropriamente e por analogia entre a obediência à lei e o seguimento ao instinto). Embora o Aquinate postule a existência de primeiros princípios inatos que residem desde o início na mente humana, tais princípios não podem ser aplicados fora da realidade, devendo ser transpassados do intelecto especulativo ao prático, no que se requer a faculdade racional. Fica claro então que Ramírez estende em demasia o conceito de *ius gentium* quando o aplica a toda a lei natural conhecida por via de consequência pelo raciocínio humano. Pouca coisa ficará de fora: tão somente alguns princípios lógicos indemonstráveis e autoevidentes. De outro lado, o autor também atribui ao direito das gentes um caráter

quase intuitivo, descrevendo-o como um direito tão conatural ao homem e conhecido de todos que não haveria necessidade de pô-lo por escrito¹¹⁰. Não se entende por completo como diferenciá-lo então da lei natural¹¹¹.

Na verdade, o direito das gentes é composto por instituições existentes, que são mais concretas que os princípios da lei natural. Como evidenciado pelo conteúdo que os romanos adscriviam ao *ius gentium*, este repousa em práticas aceitas por vários povos, encontrando-se mais próximo da realidade física que a lei da natureza. Pergunta-se então, como o direito das gentes, na concepção defendida por Ramírez, reagirá a mudanças históricas, sociais, econômicas, demográficas etc. que podem alterar o rol das coisas geralmente aceitas pelos povos.

O exemplo da escravidão é expressivo para o assunto: considerado em Roma como pertencente ao *ius gentium*, é hoje unanimemente criticado e visto como estranho a qualquer forma de *ius*. Curiosamente, o professor espanhol não o condena, mencionando que pertenceria ao direito natural especificamente humano, equivalente ao direito das gentes¹¹². Apesar de sua opinião em contrário, ele seria hoje claramente minoritário e nem a escravidão nem a servidão gozam do assentimento universal com o qual já contaram. Logo, o direito das gentes modificou-se da Antiguidade ao presente. Já Ramírez aceita, apenas, mudanças em pequena escala em seu *ius gentium*¹¹³, relacionadas com a dificuldade que al-

108 A respeito, ver a passagem na qual o autor citado transcreve e traduz um trecho do *Tratado da Lei*. Enquanto o original reza “*Ad ius gentium pertinent ea quae derivantur ex lege naturae sicut conclusiones ex principiis*”, Ramírez verte ao castelhano como “*Al derecho de gentes, en efecto, pertenecen las normas que se derivan del derecho natural como las conclusiones de sus principios*”. (Grifos acrescentados.) Onde o Aquinate escreveu “lei”, seu estudioso do século XX entendeu “direito”. Cf. RAMÍREZ, Santiago Maria. **El derecho de gentes o natural en Santo Tomás de Aquino (1225-1274)**. Editado por Carlos Rubén Terceiro-Muñíos. San Luis: Universidad Católica de Cuyo, 2007, pag. 41.

109 Por exemplo, na I-II q. 94 a. 4, Tomás indica que pertencem à lei natural não somente os primeiros princípios universais, mas também as conclusões práticas derivadas de tais princípios, que podem falhar excepcionalmente em alguns casos. Porém, ele não menciona a expressão *ius gentium* em nenhuma parte deste artigo, motivo pelo qual se discorda da interpretação de Ramírez, que enxerga nesse passo uma referência ao caráter natural do direito das gentes.

110 RAMÍREZ, Santiago Maria. **El derecho de gentes o natural en Santo Tomás de Aquino (1225-1274)**. Editado por Carlos Rubén Terceiro-Muñíos. San Luis: Universidad Católica de Cuyo, 2007, pag. 71.

111 Nesta linha, Luiz Henrique Cascelli de Azevedo interpreta o *ius gentium* como exibindo apenas diferenças acidentais para com o direito natural “primário”. AZEVEDO, Luiz Henrique Cascelli de. **Ius Gentium em Francisco de Vitoria: a fundamentação dos Direitos Humanos e do Direito Internacional na tradição tomista**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, pag. 141.

112 “*Como el derecho de propiedad privada, así también el derecho de servidumbre del menos hábil y dotado naturalmente al más dotado e inteligente es de derecho natural específicamente humano o de gentes.*” RAMÍREZ, Santiago Maria. **El derecho de gentes o natural en Santo Tomás de Aquino (1225-1274)**. Editado por Carlos Rubén Terceiro-Muñíos. San Luis: Universidad Católica de Cuyo, 2007, pag. 51.

113 “*El [derecho] de gentes es invariable en cuanto a su forma de justicia, pero puede variar y cambiar en algunos casos raros en cuanto a su materia [...] No admite mutación per se, de suerte que deje de ser justo lo que antes lo era, sino sólo per accidens en algunos casos excepcionales, por el cambio de las circunstancias. [...] Mutación puramente material y circunstancial, no formal ni esencial.*” RAMÍREZ, Santiago Maria. **El derecho de gentes o natural en Santo Tomás de Aquino (1225-1274)**. Editado por Carlos Rubén Terceiro-Muñíos. San Luis: Universidad Católica de

gum caso concreto possa representar à aplicação da lei. Contudo, o exemplo da escravidão e o da propriedade privada dos campos acima descrito ilustram hipóteses em que ocorreu mudança material no direito das gentes, e não apenas um caso singular com alguma especificidade não prevista na lei.

Paulo Emílio de Macedo se detém sobre o exemplo da escravidão, postulando-lhe uma origem ao menos remotamente natural, uma vez que seria um substituto preferível ao massacre dos prisioneiros vencidos em batalha¹¹⁴. Durante a época de Tomás de Aquino, o emprego da razão humana de modo condicionado e consecutivo, a partir dos postulados gerais da lei natural, teria alcançado a consagração da escravidão como uma conclusão hipotética, ainda imperfeita¹¹⁵. Não há o que objetar a isso, mas deve ser dito que essa derivação do direito natural não parece ser *per conclusionem*, e sim por determinação: posto que a lei natural proíbe o homicídio de inocentes, cabe aos diferentes povos concretizar tal preceito nas diversas circunstâncias. A escravização do prisioneiro não parece uma conclusão que prescindida de certa deliberação e decisão — marcas da positividade do direito.

Já no tempo de Tomás, a multiplicidade de alternativas sobre o destino do capturado em guerra era visível. Enquanto a escravização ainda era praticada nas fronteiras da Cristandade, especialmente nas lutas contra os árabes e eslavos, as guerras entre os próprios príncipes cristãos na Europa Ocidental não terminavam de forma alguma com a redução dos combatentes vencidos à servidão¹¹⁶. No caso de luta contra hereges, estes podiam

ser mortos ou expulsos da terra¹¹⁷. Durante o empreendimento das Cruzadas, bem conhecido à época, a atitude dos exércitos europeus perante os muçulmanos variou entre aniquilação total do inimigo e estabelecimento de suseranias com a manutenção do convívio entre cristãos e não cristãos¹¹⁸. Para o que importa aqui, a aceitação da redução do prisioneiro à condição de escravo pelo Aquinate parece um reconhecimento da conveniência deste expediente em certas situações, mas não uma conclusão extraída a modo de teorema da lei natural.

Considere-se, ainda, que a justificativa tomista para a escravização do prisioneiro de guerra não se encontra na *Suma Teológica*, mas nos *Comentários à Política de Aristóteles*, como será visto adiante. Quando menciona a servidão a título de exemplo de instituto do direito das gentes, no *Tratado da Justiça*, o Aquinate escreve:

Considerando de maneira absoluta, não há razão natural para que este homem seja escravo, mais do que um outro, mas só por uma utilidade consequente, enquanto seja vantajoso a um ser governado por um mais sábio, e a este ser ajudado por aquele [...] Por isso, a escravidão, pertencente ao direito das gentes, é natural no segundo sentido, não no primeiro.¹¹⁹

Parte-se da mesma constatação feita pelos romanos: a liberdade é o estado natural do ser humano. Mas, enquanto os juristas silenciavam sobre a introdução da escravidão pelo *ius gentium*, permitindo tanto interpretá-la como um acréscimo quanto uma afronta à lei natural, Tomás de Aquino não pode se dar ao luxo de aceitar que sua *lex naturalis* seja inócua nesse tema. Assim, advoga por uma compatibilidade condicional da escravidão com a lei da natureza: na medida em que representar uma utilidade para senhor e servo, ela não ofenderá a lei da natureza. O ganho do amo estará em ser ajudado pelo servidor, e este se beneficiará da direção mais sábia do senhor.

Para que o leitor contemporâneo possa compreen-

Cuyo, 2007, pags. 74-75.

114 “*The etymology of servi, slaves, was considered to depend upon servare, to save the lives of prisoners. These often drastic legal consequences of the Roman just war passed almost intact into medieval opinions.*” RUSSELL, Frederick H. **The Just War in the Middle Ages**. Cambridge: Cambridge University Press, 1975, pag. 7. As palavras grifadas encontram-se em itálico no original. Essa derivação etimológica é recolhida também por Agostinho de Hipona. Cf. AUGUSTINUS HIPONENSIS (Santo Agostinho de Hipona). **De civitate dei contra paganos libri XXII**, Livro XIX, 15. Roma: Città Nuova Editrice, [?]. Disponível em: < <http://www.augustinus.it/latino/index.htm> >. Acesso em: 01.09.2018.

115 MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. **Uma comparação entre os conceitos de Jus Gentium em Francisco Suárez e Hugo Grócio**. 2007. Tese (Doutorado em direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007, pags. 51-52.

116 “*With the fall of Rome enslavement was gradually limited to European pagans. As Europe became Christian, only non-Europeans could be slaves. [...] In contrast to antiquity, Christian nations had abandoned the principle that all civilian populations or prisoners of war were at the disposal of warring neighbours.*” DRESCHER, Seymour; FINKELMAN, Paul. Slavery.

In: FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne (orgs.). **The Oxford Handbook of the History of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, pags. 893-895.

117 RUSSELL, Frederick H. **The Just War in the Middle Ages**. Cambridge: Cambridge University Press, 1975, pag. 196.

118 WILLIAMS JR., Robert A. The Medieval and Renaissance Origin of the Status of the American Indian in Western Legal Thought. In: **Southern California Law Review**, n. 57 (1983), pags. 23-24.

119 ST II-II q. 57 a. 3 ad 2. Relembre-se que o “primeiro modo” pelo qual se estabelecia o direito natural dizia respeito à consideração das coisas em si, e o “segundo modo”, ao exame das circunstâncias e consequências das condutas.

der bem o raciocínio tomista nesse passo, são necessários dois esclarecimentos. Em primeiro lugar, o século de Tomás conhecia diversas formas de servidão, desde a escravidão pura e simples reservada aos inimigos do Cristianismo que fossem capturados em batalha, até a habitual vassalagem feudal, dominante nos feudos mas dependente das condições locais para seu detalhamento¹²⁰. Com efeito, a pluralidade do direito medieval constitui uma de suas características definidoras¹²¹. Perante esse leque de opções, parece certo que o Doutor Angélico, cujas preocupações distavam de análises históricas, faz referência à servidão que conhece e que pode ser reconhecida por seus contemporâneos, não àquela que Ulpiano e seus colegas tinham em mente¹²².

O segundo esclarecimento cinge-se à noção de utilidade empregada aqui pelo mestre de Roccasecca. Como ele deixa claro ao comentar as qualidades da lei positiva segundo Isidoro de Sevilha, útil é aquilo que proporciona o verdadeiro bem, e tanto mais útil ao homem quanto mais se aproximar de sua finalidade última¹²³. Não se trata de uma mera conveniência, ao modo da filosofia dos utilitaristas.

Feitas essas advertências, compreende-se que a licitude da servidão, para Tomás, depende de corresponder ao bem do senhor e do servo. O que somente poderá ser aferido caso se examinem todas as circunstâncias que influem na relação específica. Aristóteles recomendava atenção à pessoa do mestre e do escravo, pois haveria indivíduos que nasceram para servir e outros naturalmente dispostos ao domínio. Essa postura não se sustenta diante do paradigma cristão no qual o Aquinate

estuda, que atribui ao ser racional uma dignidade superior¹²⁴. Portanto, a servidão somente pode ser justificada por circunstâncias externas ao indivíduo ou situações criadas pela conduta humana. No caso do prisioneiro, a guerra criava um estado no qual a escravização poderia ser uma resposta adequada (embora não fosse a única possível à época de Tomás, insista-se). No que tange ao servo, circunstâncias históricas podem realmente ter contribuído para tornar a servidão proporcional ao bem comum e ao bem individual dos envolvidos naquele tempo, como uma “razão consequente”. Então, o exemplo da licitude da servidão feudal, classificada explicitamente por Aquino como de direito das gentes, revela que este direito é estabelecido com atenção tanto à lei natural — de onde se origina — quanto aos “costumes sociais”, às “devidas circunstâncias” e aos “lugares e tempos”, ordenando-se ao bem comum¹²⁵ da sociedade em que vigorará.

Compare-se este exemplo com o de uma simples derivação da lei natural a modo de conclusão: “pertencem ao direito das gentes aquelas coisas que derivam da lei da natureza como as conclusões dos princípios, como as compras justas, as vendas, e outras coisas semelhantes, sem as quais os homens não podem conviver uns com os outros”¹²⁶. Havendo uma relação de troca, seja na forma de escambo, seja monetarizada, é imediatamente dedutível que a transação deve ser justa e que nenhum dos partícipes pode fraudar o outro. Trata-se de uma conclusão direta dos princípios da lei natural como o da igualdade, da verdade e da sociabilidade humana. Essa conclusão vale em todo e qualquer caso em que haja alguma troca, independentemente da cultura e especificidades locais. É evidente que nem todas as formas de vida social desenvolvem o hábito da permuta. Porém, uma vez que se decida trocar qualquer objeto por outro, a lei natural imporá a igualdade nas prestações e a honestidade, sem importar de qual bem se trata. Pois aqui se fala em uma conclusão, isto é, uma determinação alcançada unicamente com base no conhecimento inato da lei natural. Pode-se compará-la à subsunção de um fato (a compra) a uma norma (as partes da lei natural que revelam a igualdade entre todos etc.).

Não parece que a mesma evidência indique que um soldado vencido deva ser escravizado, nem que alguma

120 A tradução espanhola do trecho acima transcrito equipara “*servitus*” a “*servitudo*”, e não a “*esclavitud*”.

121 “O particularismo jurídico do primeiro período medieval, ou seja, a extrema fragmentação até mesmo espacial do direito, justifica-se nessa incontrolada exuberância consuetudinária. Sem um controle do alto, cada coisa — entendendo-se por ‘coisa’ não uma *res mobilis* efêmera, mas uma realidade fundiária dotada de força incisiva própria no tecido socioeconômico — tende a exprimir sua normativa, a se diferenciar e a se particularizar. As fontes falam à exaustão de *consuetudo regionis*, *consuetudo loci*, *consuetudo terrae*, *consuetudo fundi*, *consuetudo casae*, quase a nos mostrar que os usos, inscritos na terra com trama muito ramificada, chegam a isolar não apenas uma região, mas até mesmo uma empresa agrária da outra: cada terra, cada unidade agrária almeja uma norma própria.” GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, pag. 118.

122 AUBERT, Jean-Marie. **Le droit romain dans l'oeuvre de Saint Thomas**. Paris: J. Vrin, 1955, pag. 113. URDÁNOZ, Teófilo. Introducción a la cuestión 57. In: AQUINO, Santo Tomás de. **Suma Teológica**, tomo VIII. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1956, pag. 229.

123 ST I-II q. 95 a. 3 c.

124 ST I q. 29 a. 1 e a. 3.

125 ST I-II q. 95 a. 3 c.

126 ST I-II q. 95 a. 4 c.

pessoa deva assumir a função de servo. Nesses casos, a solução somente poderá ser alcançada mediante a introdução de um terceiro termo: a consideração das circunstâncias sociais. A lei natural não impõe algum tipo de tratamento específico ao inimigo (embora vede crueldades desnecessárias), nem uma forma exata de relação de trabalho entre homens (embora vede o predomínio da força, as vexações etc.). Em determinadas sociedades (como aquela em que viveu Tomás de Aquino — daí os exemplos —), tais tratamentos contribuirão para alcançar soluções relativamente igualitárias ou justas. Em outras (como a dos povos nômades, por exemplo), essas soluções, possivelmente, não seriam adequadas.

Uma última discordância em relação a Ramírez diz respeito ao papel atribuído à vontade humana na formulação do direito das gentes. O autor ibérico não exige muito das pessoas para que logrem compreender tal direito: basta seguir o que é óbvio, evidente, considerando a realidade com base nas inclinações inatas da lei natural. Em contraste, defende-se que, de acordo com o Aquinate, o direito das gentes se constitui com base na proporção entre as condições mais básicas das sociedades e a manutenção da igualdade de valor entre as pessoas. Nessa toada, a vontade humana ganha relevo, embora não considerada de modo singular, e sim em sua tarefa de moldar a sociedade através da História, formando as características principais que distinguirão o modo de vida ali. Para Ramírez, a principal contribuição do homem para o direito das gentes está em descobri-lo na realidade obedecendo aos postulados da lei natural. Ao contrário, as pessoas possuem uma função propriamente criadora em relação ao *ius gentium*, muito embora relativamente inconsciente. A “consideração das coisas em função de suas consequências” do teólogo medieval remete à deliberação e discussão humanas acerca da maior ou menor conveniência de adotar determinado instituto. No âmbito do *ius gentium*, tais deliberação e discussão ocorrem de modo disperso em cada sociedade, podendo perdurar por várias gerações, até que o instituto seja definitivamente aceito. Mas se trata sempre de uma razão deliberativa em busca de consenso, razão pela qual o direito das gentes possui um grau de positividade maior que o preconizado por Santiago María Ramírez. Em outras palavras: o direito das gentes não se modifica, apenas, a modo de correção, como se os povos gradativamente adquirissem uma “melhor” compreensão sobre o mesmo. Ele se modifica de acordo com as sociedades que o utilizam.

7.2. Peter Haggenmacher

Peter Haggenmacher, por sua vez, apresenta o *ius gentium* tomista como um conceito equívoco, fruto da tentativa do teólogo medieval de elaborar uma interpretação coerente a partir dos textos dos jurisconsultos romanos, que enfatizavam a ligação com o direito natural, e de Santo Isidoro de Sevilha, que parece favorecer o direito positivo¹²⁷. Tomás também precisou vencer a dificuldade adicional de não encontrar ajuda em Aristóteles, que omite o direito das gentes¹²⁸. Segundo Haggenmacher, a saída foi dividir a exposição do *ius gentium* pelas duas seções da *Pars Secunda*, aprofundando-se na relação com o direito natural no *Tratado da Justiça*, e com o direito positivo no *Tratado da Lei*. Dessa forma, o direito dos povos na *Suma Teológica* é dual, por compreender as duas noções tradicionais, de um direito superior por um lado, e consensual por outro; mas equívoco, por ser comum à humanidade, mas distinguir-se do direito natural, e por ter natureza parcialmente positiva, porém sem provir de um ato legislativo. Para o professor húngaro, a solução tomista atribuía a positividade do *ius gentium* a uma pseudolegislação e um pseudo consentimento de todas as comunidades humanas informadas pela razão natural, solução qualificada de insuficiente¹²⁹.

Reconhece-se a Haggenmacher o mérito de evidenciar as influências dúplices que agiram sobre o autor da *Suma*, incluindo o conhecimento que o teólogo tinha da jurisprudência romana. Porém, embora seja certo que as duas partes da *Secunda* da *Suma* exibam conteúdos bastante distintos, não se pode dizer que o *ius gentium* de uma é radicalmente oposto ao da outra. Insiste-se em que o Doutor Angélico enfatizou aspectos diferentes do direito dos povos em cada momento. A falta de clareza que surge quando se analisam os dois trechos concomitantemente pode ser consequência de se atribuir ao mestre de Roccasecca uma intenção que não era sua, como faz Haggenmacher ao ponderar que o motivo para o *ius gentium* aparecer em duas passagens separadas era a vontade de Tomás de dar coerência a

127 HAGGENMACHER, Peter. **Grotius et la doctrine de la guerre juste**. 1983. Tese (Doutorado) - Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, Genebra, pag. 330.

128 HAGGENMACHER, Peter. **Grotius et la doctrine de la guerre juste**. 1983. Tese (Doutorado) - Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, Genebra, pag. 327.

129 HAGGENMACHER, Peter. **Grotius et la doctrine de la guerre juste**. 1983. Tese (Doutorado) - Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, Genebra, pag. 330.

duas tradições divergentes sobre o tema¹³⁰. Isto parece contestável, quando se nota que o método em geral empregado na *Suma* não é este. A confirmar-se a hipótese metodológica de Haggenmacher, haveria no Aquinate uma preocupação específica com o conceito do direito das gentes, seus limites e suas aplicações. Mas faltam evidências de um tal enfoque por Tomás, que costuma reservar ao menos uma questão ou artigo para definir termos importantes que ele voltará a empregar em sua exposição teológica. Com o direito das gentes, isto não ocorre. Ele é mencionado, primeiramente, entre outras marcas típicas da divisão isidoriana da lei¹³¹, e, posteriormente, mesmo figurando na epígrafe do artigo, apenas como uma das maneiras de encontrar o direito natural, que é o verdadeiro objeto da investigação naquele passo¹³². É duvidoso que Aquino tencionasse estudar o *ius gentium* em si; parece que ele tropeçou com o conceito ao tratar da universalidade da lei natural, no *Tratado da Lei*; e ao esclarecer o que entendia por direito natural, no *Tratado da Justiça*. É por isso que não se preocupa em defini-lo taxativamente; e o termo é relegado a ser compreendido através do contraste com conceitos “fortes”: lei positiva, lei natural e direito natural.

Embora o autor resenhado mencione a diferença atribuída por Tomás de Aquino entre direito natural e positivo, por uma parte, e lei natural e positiva, por outra¹³³, tal dissociação não produz efeito em sua interpretação do *ius gentium* tomista — daí apontar equivocidade no autor da *Suma*. Ora, o direito das gentes em Santo Tomás nada mais é que a primeira concretização dos postulados abstratos e genéricos da lei natural. Enquanto estes têm validade universal, referindo-se ao que o homem pode captar do modo como Deus governa o cosmos, e variabilidade pequena, explicável apenas por falhas na apreensão humana da natureza das coisas; o direito das gentes representa o encontro inicial desses

enunciados que expressam regularidades naturais com a realidade concreta, entendida ainda em um sentido amplo, isto é, sem chegar às particularidades de um caso concreto, nem de uma sociedade em particular. Este é o direito das gentes quando estudado a partir do conceito de lei.

Observando-o a partir da noção tomista de direito, que Haggenmacher acertadamente identifica com o justo ou *dikaion* aristotélico, uma relação objetiva de adequação visando o outro¹³⁴, o direito das gentes ainda é muito impreciso para mostrar exatamente o que deve ser entregue a cada um. Mas se trata de um primeiro limite da atividade jurídica, estabelecido através da materialização do direito natural nas circunstâncias gerais de várias sociedades em contato. É construído por consenso, mas não a modo de um parlamento, e sim pelas marcas estruturais das sociedades, que foram sendo esculpadas e escolhidas pouco a pouco através das diversas gerações que se sucederam levando a vida de certo modo e utilizando certos institutos que acabam gozando de uma aceitação geral. Enquanto *iustum*, então, o direito das gentes consiste naquilo que se deve a outrem por uma exigência da igualdade determinada por uma proporção entre as instituições mais básicas e populares da sociedade e os bens envolvidos na transação.

Juntando os dois conceitos, nota-se que a ambiguidade observada por alguns no *ius gentium* de Tomás de Aquino reflete a pluralidade de sentidos da palavra “direito”, comentada por e já notada pelo Estagirita¹³⁵. O direito, também, pode ser dito “lei”, embora impropriamente¹³⁶. Assim, também, o direito das gentes pode ser entendido como concretizações abstratas da lei natural, as primeiras conclusões estabelecidas por via de simples dedução. Mas, quando se enfatiza a primeira palavra em *ius gentium*, tratar-se-á de uma etapa na caminhada das sociedades humanas em busca de definir a melhor proporção possível entre pessoas e coisas para atingir o bem comum.

Outra razão da falta de univocidade nessa conceitualização do direito dos povos é que, na teoria jurídica do Aquinate, não somente este, mas todo direito é natural e

130 “Confrontant les textes romains entre eux, puis avec Aristote et Isidore, il demeure frappé par l’ambiguïté du concept et par la multiplicité de ses sens. Pour en sauver l’unicité, il se résout à en diviser l’exposé, ce qui le conduit à l’intégrer dans deux sections différentes de la Secunda.” HAGGENMACHER, Peter. **Grotius et la doctrine de la guerre juste**. 1983. Tese (Doutorado) - Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, Genebra, pag. 330. A palavra grifada encontra-se em itálico no original.

131 ST I-II q. 95 a. 4 – “Isidoro estabeleceu convenientemente a divisão das leis humanas?” Das quatro objeções ali discutidas, apenas a primeira menciona o *ius gentium*.

132 ST II-II q. 57 a. 3.

133 HAGGENMACHER, Peter. **Grotius et la doctrine de la guerre juste**. 1983. Tese (Doutorado) - Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, Genebra, pag. 329.

134 “Rapport objectif d’adéquation, visant non la seule personne de l’agent, comme dans les autres vertus, mais la relation qu’à travers son action il entretient avec autrui.” HAGGENMACHER, Peter. **Grotius et la doctrine de la guerre juste**. 1983. Tese (Doutorado) - Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, Genebra, pag. 329.

135 ST II-II q. 57 a. 1 ad 1.

136 ST II-II q. 57 a. 1 ad 2.

positivo. Embora o mestre de Roccasacca não seja familiar com as hodiernas divisões dos “ramos do direito”, seu bom conhecimento do direito romano já o leva a aceitar classificações das leis “segundo a distinção dos estamentos que contribuem especialmente ao bem comum”, segundo a forma de governo adotada pelo Estado, e segundo a matéria da qual tratam¹³⁷. Todos esses campos do direito positivo são influenciados pelo direito natural, concretizando-o por meio de determinações e escolhas da comunidade ou simplesmente impondo o respeito ao *ius naturale*. No vocabulário atual, poder-se-ia afirmar que os direitos civil, penal, constitucional etc. são em parte direito natural e em parte, positivo, pois essa *summa divisio* refere-se às fontes primeiras do justo, cujas aplicações se manifestarão em todas as áreas das relações humanas envolvendo coisas¹³⁸, áreas essas que serão futuramente aglutinadas em torno dos campos de estudo da ciência jurídica. O *ius gentium* não poderia ficar excluído desta duplicidade originária¹³⁹. É possível aventar que, no caso desse último, a ambiguidade foi escancarada pelo fato de ter sido mencionado na *Summa Teológica*, enquanto que outros direitos não precisaram comparecer¹⁴⁰.

7.3. Michel Villey

Vale mencionar, enfim, a concepção de Michel Villey, para quem o *ius gentium* foi concebido por Tomás de Aquino como essencialmente ligado ao direito natural¹⁴¹. Porém, à diferença de Santiago Ramírez, Villey se esmera em diferenciar direito natural de lei natural. Para ele, o direito das gentes se prende ao primeiro, consistindo no modo de encontrá-lo mediante auxílio

da razão humana, estabelecendo sobre os bens um conhecimento discursivo e tateante¹⁴². Trata-se da determinação da utilidade de certos institutos a partir da resolução de casos particulares pelo juiz. A universalidade do direito das gentes nessa interpretação está em que as soluções dadas aos casos concretos serão replicadas ou fixadas em máximas jurídicas. Tais lugares comuns da arte jurídica poderão ser replicados em outras sociedades, disseminando-se pelo estudo do direito, a exemplo da atividade do pretor peregrino em Roma, encarregado de transladar as soluções da jurisprudência romana aos processos dos estrangeiros. Villey também chama a atenção para o caráter não estatal desse *ius gentium*, que era empregado pelos encarregados da solução dos litígios sem um mandado específico do imperador para tal, mas apenas em virtude da maior conveniência que as respostas encontradas em Roma poderiam ter para os litígios envolvendo os *peregrini*¹⁴³. Ou seja, para o autor francês, o direito das gentes é mutável na medida em que as necessidades da comunidade humana se modificam, levando o juiz a tirar soluções novas do direito natural. E é um direito comum, na medida em que uma solução jurídica a um problema básico pode ser replicada por outros povos, ao menos em suas características primárias (no seu modo de raciocinar, pode-se dizer), respeitando as particularidades do direito positivo de cada sociedade. Embora Villey não empregue essa expressão, é possível qualificar seu direito das gentes de potencialmente universal, pois é passível de expansão e adoção por outras sociedades. Como o autor francês parece reconhecer, implicitamente, ao mencionar como exemplo o *ius commune* medieval¹⁴⁴ — que serviu muito bem à Europa Ocidental, mas que, de forma alguma, ganhou amplitude universal — o *ius gentium* não incide igualmente sobre todos os povos do mundo, mas pode vir a ser progressivamente incorporado pelas sociedades cujo modo de vida seja compatível com os institutos “das gentes”.

Enquanto para Ramírez, como visto, o direito das gentes consistia no resultado da mera aplicação da ra-

137 ST I-II q. 95 a. 4 c.

138 SCHILLING, Otto. **Das Völkerrecht nach Thomas von Aquin**. Freiburg im Breisgau: Herdersche Verlagshandlung, 1919, pags. 28-29.

139 HERRERA, Daniel Alejandro. *Ius gentium: ¿derecho natural o positivo?* In: ZORROZA, María Idoia (org). **Proyecciones sistémáticas e históricas de la teoría suareciana de la ley**: Jornadas de Iustitia e Iure en el Siglo de Oro. Buenos Aires, 2008, pag. 56.

140 “As leis se escrevem para declarar um e outro direito [i.e. o natural e o positivo]; mas de maneira diferente nos dois casos. A lei escrita contém o direito natural, mas não o institui, pois este não tira sua força da lei, mas da natureza. Quanto ao direito positivo, a lei escrita o contém e o institui, conferindo-lhe a força da autoridade.” ST II-II q. 60 a. 5 c.

141 “*Le jus gentium est vis-à-vis du droit naturel, tout à la fois le même et l'autre; il en est une sorte d'effluve, de réfraction dans nos consciences; une image approximative.*” VILLEY, Michel. *Considérations intempêtes sur le droit des gens*. In: **Archives de philosophie du droit**, v. 32: le droit international (1987), pag. 19.

142 VILLEY, Michel. *Considérations intempêtes sur le droit des gens*. In: **Archives de philosophie du droit**, v. 32: le droit international (1987), pag. 19.

143 VILLEY, Michel. *Considérations intempêtes sur le droit des gens*. In: **Archives de philosophie du droit**, v. 32: le droit international (1987), pag. 20.

144 VILLEY, Michel. *Considérations intempêtes sur le droit des gens*. In: **Archives de philosophie du droit**, v. 32: le droit international (1987), pag. 20.

ção humana iluminada pela lei natural à realidade, para Villey o *ius gentium* decorre de um lento processo de idas e vindas através do qual os habitantes das sociedades concordam em adotar determinados institutos ou padrões para a solução de seus conflitos. Ramírez enxerga o direito das gentes em uma ótica linear, na qual as únicas variações se devem à imperfeição da razão humana, e um contínuo melhoramento deste direito mediante uma maior compreensão da lei natural é esperada. Michel Villey, por sua parte, admite que o *ius gentium* é fruto de um esforço de conhecimento, porém não da lei natural abstrata, e sim do direito natural, ou seja, de uma proporção entre homens e coisas que deve ser respeitada nos casos concretos. Ao resolver diversos casos, os jurisconsultos e pretores romanos perceberiam, segundo este autor francês, que certos padrões e medidas envolvendo pessoas e bens se repetiriam, e concluiriam tratar-se de uma exigência de direito natural. O *ius gentium* corresponderia à situação determinada em que se percebeu um tal padrão: nos exemplos do Aquinate, seriam de *ius gentium* a compra e venda, a ocupação das terras, a servidão.¹⁴⁵

A contribuição de Michel Villey revela-se sobretudo relevante para uma compreensão mais acabada do modo em que o direito das gentes é encontrado. Sua tese da importância da atividade jurídica “cotidiana” mostra como o *ius gentium* se vincula às características de cada sociedade, e como se trata de um verdadeiro *ius*, não de uma moral universal, reservada por Tomás à justiça geral. Por meio da elaboração de *regulae* jurídicas no âmbito da resolução dos litígios, institutos jurídicos são desenvolvidos e mantidos¹⁴⁶, podendo ser exportados para outras comunidades se corresponderem às necessidades básicas destas, exercendo a função de instituições civilizadoras apontada por James Schall

145 “Le *ius gentium* n'est pas institué. [...] Il est ce qu'ont cru percevoir du droit naturel les juristes, à coup d'enquêtes, de controverses, de raisonnements faillibles. Mais son avantage est de couvrir cette fois un très large secteur de l'ordre des sociétés humaines: le partage des terres, les rapports entre commerçants, la vente, le louage, etc.... Bien entendu dans chaque cité, le droit positif, afin de subvenir aux insuffisances de cette besogne intellectuelle, y adjoindra certaines précisions.” VILLEY, Michel. Considérations intempêtes sur le droit des gens. In: **Archives de philosophie du droit**, v. 32: le droit international (1987), pag. 19.

146 No mesmo sentido, Francesco Viola: “El derecho de gentes no es un ordenamiento jurídico completo y autónomo, sino que tiene que ver con un cuerpo de doctrinas, conceptos jurídicos, reglas y principios difusos, que se rebaja y se reelabora continuamente, en consideración también a las progresivas exigencias de comunicación entre realidades diversas.” VIOLA, Francesco. Derecho de gentes antiguo y contemporáneo. In: **Persona y derecho** 51 (2004), pag. 176.

como diferencial do direito das gentes¹⁴⁷. Pensa-se que essa formulação de Villey exprime, de outra maneira, o que se escreveu acima acerca das escolhas inconscientes que as sociedades fazem e que vão desenvolvendo o *ius gentium*.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da mesma forma que transita entre o direito natural e o positivo, foi possível verificar que o *ius gentium* de Tomás de Aquino se situa em um indefinido limite entre o mundo romano e a universalidade que será típica da modernidade. Enquanto as referências, o vocabulário, os exemplos e as categorias são romanas, com uma ou outra atualização medieval especialmente devida à obra de Isidoro de Sevilha, a formação, as fontes e o propósito do direito das gentes se enquadram perfeitamente na célebre síntese tomista entre o pensamento filosófico aristotélico e a visão de mundo unitária, totalizante e sem limites típica do Cristianismo¹⁴⁸. O resultado é uma construção híbrida e tão flexível que parece desimportante para a realidade imediata na qual o autor da *Suma* vivia. Contudo, é sabido que as possibilidades latentes do *ius gentium* foram valorizadas e exploradas quando as condições históricas o pediram: foi assim que o dominicano espanhol Francisco de Vitoria, grande estudioso de Tomás e comentador dos tratados *da Lei* e *da Justiça*, liderou a Escolástica Espanhola no estudo dos graves problemas oriundos do descobrimento e colonização do Novo Mundo¹⁴⁹.

147 SCHALL, James V. Natural Law and the Law of Nations: Some Theoretical Considerations. In: **Fordham International Law Journal**, vol. 15, n. 4, 1991, pag. 1024.

148 Alfred Verdross menciona o “grande pensamento universalista da Idade Média que inspirou todos os célebres fundadores dessa ciência [do Direito Internacional]...”. VERDROSS, Alfred. O fundamento do direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 10, n. 2, 2013. Título original: Le fondement du droit international. Recueil des cours de l'Académie de Droit International, 1927, p. 325-384. Tradução de Marcelo Dias Varela (coordenador), Amábilie Pierroti, Luiza Nogueira e Marlon Tomazette. Disponível em: < <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2685/pdf> >. Acesso em: 01.09.2018, pag. 3.

149 VITORIA, Francisco de. **Relecciones**: sobre os índios e sobre o poder civil. Tradução do latim de Paulo Sérgio de Vasconcelos. Org. e apresentação de José Carlos Brandi Aleixo. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2016. Disponível em: < <http://funag.gov.br/loja/download/Relecciones-IPRI-05-04.pdf> >. Acesso em: 27.12.2018. Para uma perspectiva do labor vitoriano no contexto da historiografia crítica do Direito Internacional, cf. GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Para que serve a história do direito in-

Dessa forma, é possível concluir pela afirmação da hipótese testada neste trabalho: o direito das gentes de Tomás de Aquino era, no sistema elaborado pelo mestre medieval, um conceito tão universalmente aplicável quanto suas noções de direito natural, direito positivo e lei natural. Trata-se da noção de uma adaptação gradual da exigência geral de igualdade no trato mútuo envolvendo bens às vicissitudes que cada sociedade enfrentará em seu cotidiano. Essa primeira adaptação é tão genérica que se repete em diversas comunidades (mas não em todas), variando, apenas, de acordo com grandes configurações histórico-geográficas que vão identificando cada nação. É certo que tal conceito ainda não tem nada que ver com o moderno Direito Internacional, por faltar-lhe a dimensão do relacionamento entre entidades soberanas. Porém, é igualmente verdade que o *ius gentium* tomista possibilita conceptualizar o Direito Internacional.

Vale considerar se a ideia de um direito de passagem entre o natural e o positivo não possui futuro ainda hoje no Direito Internacional. Os esquivos problemas da fundamentação, natureza, conteúdo e eventuais modificações do *ius cogens* seriam provavelmente respondidos pelo autor da *Suma* com uma referência a seu direito natural¹⁵⁰. Já a dramática disputa sobre o conteúdo e a universalidade dos direitos humanos entre as grandes tradições jurídicas hodiernas se beneficiariam, quiçá, de sua inserção na categoria de um moderno *ius gentium*, com fundamento em certas regularidades antropológicas universalmente observáveis, e aplicação proporcional a depender das objetivas circunstâncias econômicas, geográficas, físicas etc. que identificam cada sociedade da moderna comunidade internacional.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**, vol. I, 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

AQUINAS, Thomas. **Commentary on Aristotle's Po-**

ternacional? **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 1, 2015. Disponível em: < <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3368/pdf> >. Acesso em: 27.12.2018, pag. 344.

150 O jusfilósofo tomista John Finnis faz esta relação, cf. FINNIS, John. **Direito natural em Tomás de Aquino**. Sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico. Trad. Leandro Cordioli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007, pag. 94.

litics. Versão para o inglês de Richard J. Regan. Indianapolis; Cambridge: Hackett, c2007.

AQUINO, Sancti Thomae de. **Sententia libri Politicorum**. Ed. Leonina, 1971. Disponível em: < <http://www.corpusthomaticum.org/cpo.html#79140> >, acesso em: 01.09.2018.

AQUINO, Santo Tomás de. **Da Justiça**. (Título original: “Sententia libri Ethicorum, Liber 5”). Tradução de Tiago Tondinelli. Campinas: Vide Editorial, 2012.

AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**, 9 vols. Tradução ao português pela equipe da ed. Loyola. São Paulo: Loyola, 2005.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução do grego de António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009.

AUBERT, Jean-Marie. **Le droit romain dans l'oeuvre de Saint Thomas**. Paris: J. Vrin, 1955.

AUGUSTINUS HIPPONENSIS (Santo Agostinho de Hipona). **De civitate dei contra paganos libri XXII**, Livro XIX, 15. Roma: Città Nuova Editrice, [?]. Disponível em: < <http://www.augustinus.it/latino/index.htm> >. Acesso em: 01.09.2018.

AZEVEDO, Luiz Henrique Cascelli de. **Ius Gentium em Francisco de Vitoria: a fundamentação dos Direitos Humanos e do Direito Internacional na tradição tomista**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

BARRETO, Rafael Zelesco. O caso hipotético da morte do embaixador francês na Espanha: duas espécies de *ius gentium* em Francisco de Vitoria. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 2, 2017.

BASTIT, Michel. **Nascimento da lei moderna: o pensamento da lei de Santo Tomás a Suarez**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BRIERLY, J.L. **The Law of Nations: an Introduction to International Law**, 5ª ed. New York: New York University Press, 1955.

CASTILLA URBANO, Francisco. Francisco de Vitoria. In: DAL RI JR., Arno; VELOSO, Paulo Potiara de Alcântara; LIMA, Lucas Carlos (orgs.). **A Formação da Ciência do Direito Internacional**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2014.

CHROUST, Anton-Hermann. The ‘Ius Gentium’ in the Philosophy of Law of St. Thomas Aquinas. In: **Notre Dame Law Review**, vol. 17, n. 1 (1941).

- DRESCHER, Seymour; FINKELMAN, Paul. Slavery. In: FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne (orgs.). **The Oxford Handbook of the History of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- ESTÉBANEZ, Emilio G. La virtud de la justicia. Introducción a las cuestiones 57 a 60. In: AQUINO, Santo Tomás de. **Suma de Teología**, tomo III. Madri: Biblioteca de Autores Cristianos, 1990.
- FINNIS, John. **Aquinas**. Moral, Political, and Legal Theory. Oxford: Oxford University Press, 1998 (reimpr. 2004).
- FINNIS, John. **Direito natural em Tomás de Aquino**. Sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico. Trad. Leandro Cordioli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Para que serve a história do direito internacional? **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 1, 2015. Disponível em: < <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3368/pdf> >. Acesso em: 27.12.2018.
- GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**, 3ª ed. Tradução de António Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.
- GIORDANI, Mário Curtis. **Iniciação ao direito romano**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1991.
- GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- HAGGENMACHER, Peter. **Grotius et la doctrine de la guerre juste**. 1983. Tese (Doutorado) - Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, Genebra.
- HERRERA, Daniel Alejandro. Ius gentium: ¿derecho natural o positivo? In: ZORROZA, Maria Idoia (org.). **Proyecciones sistemáticas e históricas de la teoría suareciana de la ley: Jornadas de Iustitia et Iure en el Siglo de Oro**. Buenos Aires, 2008.
- HERRERA, Daniel Alejandro. Ius gentium: ¿derecho natural o positivo? In: ZORROZA, Maria Idoia (org.). **Proyecciones sistemáticas e históricas de la teoría suareciana de la ley: Jornadas de Iustitia et Iure en el Siglo de Oro**. Buenos Aires, 2008.
- ISIDORO DE SEVILLA. **Etimologías**. Edición bilingüe. Versão ao espanhol de José Oroz Reta e Manuel A. Marcos Casquero. Madri: Biblioteca de Autores Cristianos, 2004, pag. 501. Disponível em: < <http://www.larramendi.es/i18n/consulta/registro.cmd?id=5374> >. Acesso em: 01.09.2018.
- JUSTINIANO I (org.). **Digesto de Justiniano**, livro I. Tradução de Hélcio Maciel França Madeira, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Osasco: UNIFIEO, 2000.
- KOSKENNIEMI, Martti. A History of International Law Histories. In: FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne (orgs.). **The Oxford Handbook of the History of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. O mito de Francisco de Vitória: defensor dos direitos dos índios ou patriota espanhol? **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 1-13, jan./jun. 2012. Disponível em: < <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/1602/1591> >. Acesso em: 27.12.2018.
- MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. **Uma comparação entre os conceitos de Jus Gentium em Francisco Suárez e Hugo Grócio**. 2007. Tese (Doutorado em direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.
- MARKY, Thomas. **Curso elementar de Direito Romano**, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MULDOON, James. Spiritual Freedom – Physical Slavery: The Medieval Church and Slavery. In: **Ave Maria Law Review**, vol. 3, Spring 2005.
- NUSSBAUM, Arthur. The Significance of Roman Law in the History of International Law. In: **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 100 (1952).
- OLGIATI, Francesco. **El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino**. Pamplona: EUNSA, 1977.
- ORTIZ TREVIÑO, Roberto Gerardo. La naturaleza jurídica del *ius gentium* de acuerdo con la doctrina de Francisco de Vitoria. Estudio breve en honor al pensamiento de Antonio Gómez Robledo. In: **Anuario Mexicano de Historia del Derecho**, vol. XVII.
- OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio. Comentário à I-II q. 95 a. 4. In: AQUINO, Santo Tomás de. **Suma de Teología**, tomo II, 2ª ed. Madri: Biblioteca de Autores Cristianos, 1989.
- RAMÍREZ, Santiago Maria. **El derecho de gentes o natural en Santo Tomás de Aquino (1225-1274)**. Editado por Carlos Rubén Terceiro-Muiños. San Luis:

- Universidad Católica de Cuyo, 2007.
- RUSSELL, Frederick H. **The Just War in the Middle Ages**. Cambridge: Cambridge University Press, 1975.
- SCHALL, James V. Natural Law and the Law of Nations: Some Theoretical Considerations. *In: Fordham International Law Journal*, vol. 15, n. 4, 1991.
- SCHILLING, Otto. **Das Völkerrecht nach Thomas von Aquin**. Freiburg im Breisgau: Herdersche Verlagshandlung, 1919.
- SCOTT, Samuel P. **The Civil Law**, vol. 2: Enactments of Justinian: Institutes, Digest (Pandects) Books I and II. Versão inglesa de Samuel P. Scott. Cincinnati: The Central Trust Company, 1932. Disponível em: < <http://www.constitution.org/sps/sps02.htm> >. Acesso em: 01.09.2018.
- SHERMAN, Gordon E. Jus Gentium and International Law. *In: The American Journal of International Law*, vol. 12, n. 1 (jan. 1918).
- SIMON, Yves R. **The Tradition of Natural Law: A Philosopher's Reflections**. Editado por Vukan Kuic. Nova York: Fordham University Press, 1992.
- SORIA, Carlos. Introducción a las cuestiones 95-97. *In: AQUINO, Santo Tomás de. Suma Teológica*, tomo VI. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1956.
- TUORI, Kaius. The Reception of Ancient Legal Thought in Early Modern International Law. *In: FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne (orgs.). The Oxford Handbook of the History of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- URDÁNOZ, Teófilo. Introducción a la cuestión 57. *In: AQUINO, Santo Tomás de. Suma Teológica*, tomo VIII. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1956.
- VERDROSS, Alfred. O fundamento do direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 10, n. 2, 2013, pag. 2. Título original: Le fondement du droit international. Recueil des cours de l'Académie de Droit International, 1927, p. 325-384. Tradução de Marcelo Dias Varella (coordenador), Amábilie Pierroti, Luiza Nogueira e Marlon Tomazette. Disponível em: < <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2685/pdf> >. Acesso em: 10.07.2017.
- VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- VILLEY, Michel. Considérations intempêtes sur le droit des gens. *In: Archives de philosophie du droit*, v. 32: le droit international (1987).
- VILLEY, Michel. **Direito Romano**. Porto: Res, 1991.
- VILLEY, Michel. **Questões de Tomás de Aquino sobre direito e política**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- VIOLA, Francesco. Derecho de gentes antiguo y contemporáneo. *In: Persona y derecho* 51 (2004).
- VITORIA, Francisco de. **Relectiones**: sobre os índios e sobre o poder civil. Tradução do latim de Paulo Sérgio de Vasconcellos. Org. e apresentação de José Carlos Brandi Aleixo. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2016. Disponível em: < <http://funag.gov.br/loja/download/Relectiones-IPRI-05-04.pdf> >. Acesso em: 27.12.2018.
- WILLIAMS JR., Robert A. The Medieval and Renaissance Originis of the Status of the American Indian in Western Legal Thought. *In: Southern California Law Review*, n. 57 (1983).

II. ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Vinculação dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma discussão do desenvolvimento humano com base no conceito de Amartya Sen sobre o mínimo existencial

The binding of economic, social and cultural rights: a discussion of human development from the minimum existential

Natalia Mascarenhas Simões Bentes

Yasmim Salgado Santa Brígida

Vinculação dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma discussão do desenvolvimento humano com base no conceito de Amartya Sen sobre o mínimo existencial*

The binding of economic, social and cultural rights: a discussion of human development from the minimum existential

Natalia Mascarenhas Simões Bentes**

Yasmim Salgado Santa Brígida***

RESUMO

Apresenta-se o que são os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC), com foco nos tratados internacionais, por meio da vinculação de responsabilidades assumidas pelos Estados partes, fiscalizados por mecanismos de controle internacionais e pelo controle de convencionalidade nacional. Pretende-se relacionar a concepção internacional dos DESC e as liberdades na Teoria das Capacidades de Amartya Sen com a ampliação do mínimo existencial para a fundamentação de medidas judiciais que concedam direitos sociais no Brasil. Objetiva-se entender a necessidade das liberdades substantivas para as realizações de objetivos individuais e coletivos. Identifica-se o papel dos bens humanos básicos ofertados pelos DESC na promoção de capacidades, expor o viés positivo e negativo tanto dos direitos civis e políticos quanto sociais e culturais para o aumento de liberdades gerais. A pesquisa é bibliográfica qualitativa com análise doutrinária dos DESC. Conclui-se que as capacidades decorrem do aumento de liberdades substantivas possíveis por meio dos DESC e da atuação judiciária na concessão de direitos sociais, responsáveis pelos bens humanos básicos que permitirão o aumentando do bem-estar humano e consequentemente, o desenvolvimento econômico e social.

Palavras-chave: DESC. Direitos Humanos. Teoria das Capacidades.

* Recebido em: 03/08/2018
Aprovado em: 07/12/2018

** Doutora em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Portugal. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professora do Centro Universitário do Estado do Pará e da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará. Coordenadora da Clínica de Direitos Humanos do CESUPA. Coordenadora Adjunta do Curso de Direito do Centro Universitário do Estado do Pará. Advogada. E-mail : natysimoes@hotmail.com

*** Discente do Curso de Direito do Centro Universitário do Estado do Pará. E-mail: yasmimsantabrigida@gmail.com

ABSTRACT

Economic, Social and Cultural Rights (DESC) are presented, with a focus on international treaties, through the binding of responsibilities assumed by the States parties, controlled by international control mechanisms and by the control of national convention. It is intended to relate the international conception of ESCR and liberties in Amartya Sen's theory of capacities with the expansion of the existential minimum in the foundation of judicial measures that grant social rights in Brazil. It is intended to understand the need for substantive freedoms for the achievement of individual and collective goals. It identifies the role of basic human goods offered by ESCR in capacity-building, exposing the positive and negative bias of both civil and

political and social and cultural rights for the enhancement of general freedoms. The research is a qualitative bibliography with a doctrinal analysis of ESCR. It is concluded that capacities stem from the increase of substantive freedoms through the effectiveness and real guarantees of ESCR through judicial actions in the granting of social rights, responsible for the basic human goods that will allow the realization of personal and collective operations, the chances of human well-being and the quality of life, as a consequence there is the economic and social development.

Keywords: DESC. Human Rights. Theory of Capabilities.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa relacionar a concepção internacional dos DESC e as liberdades na teoria das capacidades de Amartya Sen com a ampliação do mínimo existencial a respeito da fundamentação de medidas judiciais que concedam direitos sociais no Brasil. Para tanto, o artigo demonstra a vinculação e impacto do direito internacional (decisões, tratados normativos e monitoramento de organismos internacionais) com o direito interno brasileiro, visto que o país é Estado-Parte responsável por cumprir com obrigações perante a comunidade internacional (principalmente pelo controle de convencionalidade), sendo uma delas a política de efetivação dos direitos fundamentais, em especial os DESC.

Para isso, o histórico dos direitos é apresentado pela teoria das gerações no direito internacional com a finalidade de se chegar à ampliação do mínimo existencial.

Segundo a visão de Jorge Reis Novais, analisam-se as críticas quanto à positividade específica, indeterminabilidade de conteúdo, e a ordem estrutural dos DESC que impediriam a eficácia destes, além da impossibilidade do tratamento igualitário entre os direitos (civis e políticos com os econômicos e sociais).

Nesse sentido, aborda-se o aspecto econômico na concretude dos direitos, visto que, por meio dos estudos dos custos: 1) serão escolhidas as políticas de gastos públicos e 2) direcionadas as medidas judiciais. O autor afirma que a garantia dos direitos sociais permite uma melhor condição de exercício dos direitos de liberdades gerais, por meio da atuação positiva (direta ou indireta)

ou negativa do Estado. Daí, discute-se a melhor interpretação do conceito do mínimo existencial para a atuação estatal, com o foco na atuação judicial.

Em seguida, a abordagem da “teoria das capacidades” de Amartya Sen será direcionada para os pontos que interessam à questão dos DESC, quais sejam: 1) a definição de liberdades; 2) a relação entre desenvolvimento econômico e o aumento da qualidade de vida propiciada pela efetivação dos DESC, a partir da expansão de liberdades. Outros pontos da Teoria de Sen serão trazidos para uma breve compreensão das liberdades em relação à “Teoria das Capacidades”, no entanto, a atenção estará voltada para os pontos já citados, pois se relacionam ao objeto deste estudo.

Por fim, tem-se a interpretação do mínimo existencial abrangente com os direitos econômicos, sociais e culturais, fundamentada no aumento de liberdades segundo a Teoria das Capacidades para solucionar a proposta do presente trabalho, relativa à ampliação do reconhecimento judicial de pleitos assistenciais.

2. A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

O *corpus juris* da proteção internacional dos Direitos Humanos perpassa a decorrência do respeito ao outro, conforme a universalidade da sacralidade da pessoa humana e o Princípio da Igualdade, ou da “não discriminação”.

Devido a poucas tentativas de implementação regional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais (DESC)¹, por terem sido negligenciados, vem ocorrendo, nos últimos anos, um aumento exponencial em relação a sua legalização, judicialização e legitimação².

Existem fortes críticas a tal “modalidade” de direitos: a ilegitimidade democrática não só dos DESC, como também dos direitos humanos, no sentido da Teoria da Separação dos Poderes. Se os tribunais delegassem ao

1 No rol destes se encontram: o direito à saúde, à previdência social, à moradia, à educação, à participação na vida cultural e ao progresso científico e tecnológico, os quais são essenciais para que se exerça os direitos civis e políticos.

2 LANGFORT, Malcolm. Judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise sócio jurídica. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 98-133, 2009.

juiz o papel de realizar tais tarefas, estariam excedendo a função que lhes corresponde, e concedendo-lhe uma função política. As doutrinas tradicionais consideram que os DESC, assim como os direitos civis e políticos, devem ser protegidos na qualidade de direitos fundamentais (papel especificamente jurídico ou deliberativo do Poder Judiciário), como no caso *Suíça vs. Kantons*, 1995, no qual a Corte Federal da Suíça justificou a derivação do direito a uma subsistência mínima a partir de uma série de direitos civis e políticos. Derivaram, assim, o caráter fundamental dos DESC com base nos direitos civis, e não por serem fundamentais per se.

Outra objeção persistente de tais doutrinas é institucional, pois os juízes não possuem capacidade para essa tarefa, já que carecem de conhecimentos específicos necessários (econômicos e sociais).

No entanto, como garantir o direito de ir e vir sem o direito à moradia? Como fazer o cidadão exercer o seu direito à participação de vida pública sem antes ter o direito básico à alimentação?

Apesar dessas limitações reais, atualmente, como resposta à crítica da incapacidade temática, a justiça faz uso de órgãos especializados, peritos e petições de *amicus curiae*. Todas as áreas da justiciabilidade implicam questões policêntricas. Uma solução para esse conflito constitui o uso de princípios jurídicos claramente definidos, como a razoabilidade, os remédios judiciais.

O número de decisões que invocam a implementação dos DESC testemunha a tendência à progressão de sua implementação, devido à adoção de procedimentos de denúncias e investigações do PIDESC (Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966)³, assim como as reformas constitucionais para cada membro se adequar às exigências sociais. Em decorrência disso, há o requisito de admissibilidade de um caso, para responsabilização por uma corte internacional, mediante o instituto do esgotamento dos recursos

3 O PIDESC faz parte do sistema global, que possui mecanismos convencionais e não convencionais de promoção e tutela dos direitos humanos. O primeiro consiste no sistema de comunicações interestatais e de relatórios criados por tratados ao disporem sobre mecanismos de supervisão e controle. O segundo faz referência à investigação *in loco*, em casos urgentes e graves, quando há a anuência do estado demandado, com colheita e apreciação de provas. TAQUARY, Eneida Orbage. A proteção à pessoa humana: sistema normativo de proteção global geral. *Universitas Jus*, Brasília, v. 25, n. 1, p. 143-151, abr. 2014.

internos⁴, onde cada país terá a sua própria jurisdição para solucionar seus assuntos, e tentar se adequar regionalmente aos direitos do PIDESC, conforme as suas recomendações.

Um exemplo de decisões que invocam os DESC ocorreu na Índia, primeiro país a consolidar uma jurisprudência madura sobre os DESCs, em 1970, com o entendimento amplo para o conceito de vida, incluindo direitos econômicos e sociais, como o presenciado no caso Municipal *Council Ratlam vs. Vardhichand and others*, onde a Corte Suprema da Índia determinou que o município deveria fornecer água, saneamento básico e sistema de esgoto para os requerentes⁵.

A genealogia desses direitos remonta ao pós-Segunda Guerra Mundial, onde houve a necessidade da proteção de toda a sociedade, após o trauma da experiência nazista, visto que era essencial a estipulação de valores universais, com a criação de sistemas globais e regionais de proteção aos Direitos Humanos. Assim, por meio da criação da Carta das Nações Unidas, em 1945, vários países aderiram à Organização das Nações Unidas.

Em 1947, o ECOSOC⁶ estabeleceu a Comissão de Direitos Humanos para a preparação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (o rol de direitos humanos assegurados), ocorrida em 1948, influenciada pela política norte-americana do presidente Roosevelt, defensor da ideia de que o ser humano necessitado não é livre. Dessa forma, a legislação internacional precisava de instrumentos de vinculação a tais direitos, por meio de mecanismos que fiscalizassem os Estados para colocar em prática políticas de efetivação regional. Nesse sentido, a construção dos Direitos Humanos adotada

4 No art. 46 da CADH: “1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos [...]”.

5 LANGFORT, Malcolm. Judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise sócio jurídica. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 98-133, 2009.

6 É um conselho de estudos específicos que faz recomendações por temas, relativo ao caráter econômico. É um mecanismo de supervisão que faz envio de relatórios (por meio do material coletado do Estado, sociedade civil e ONGs) a Comissão de Direitos Humanos, e esta fará recomendações aos Estados membros, no caso do sistema Inter-Americano. As já mencionadas Convenções, aqui representadas pelo PIDESC, fazem parte do mecanismo convencional, representadas pelos seus respectivos comitês, que ajudam na produção dos relatórios e recebem denúncias.

pela ONU teve influência direta na política dos estados-partes; especialmente com o advento do instrumento das Resoluções⁷, estas possibilitam a dinâmica (como característica essencial) de tais direitos.

Em se tratando da vinculação dos direitos em questão, houve a aprovação de dois pactos, com “espécies” de direitos separados, mas que pertencem ao mesmo gênero — Direitos Humanos. São eles: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), 1966. Devido a razões histórico-políticas⁸ e pragmáticas⁹, na fase legislativa de aprovação, os instrumentos acima foram fragmentados pela Assembleia Geral das Nações Unidas para complementarem a DUDH de 1948¹⁰.

A noção era de que o PIDCP estabelecesse a obrigação do Estado de respeitar e garantir direitos, e o PIDESC precisaria da adoção de medidas com o máximo de recursos disponíveis, de forma progressiva, para atingir a finalidade do pacto. Os DESC foram vistos como mais substanciais e dependentes de mudanças estruturais, medidas regionais (obrigações positivas por parte dos Estados), o que não procede, visto que o PIDESC necessita de medidas negativas, como o direito dos pais de liberdade quanto a decidir a escola que fornecerão a seus filhos, art. 13 de tal pacto, assim como o direito de construir, filiar-se a sindicatos e grevar, art. 8º (1) ‘A’ e ‘D’, do mesmo documento¹¹.

7 São instrumentos publicados por organismos internacionais, podendo ter a forma de parecer, recomendação ou decisão, dependendo do ato que faz referência, possuem a função de suprir insuficiências básicas da comunidade internacional. As mais conhecidas são as da ONU, proferidas pela Assembleia Geral, ou pelo Conselho de Segurança, onde as proferidas pelas primeiras possuem a natureza jurídica de *opinio juris*, segundo a Corte Internacional de Justiça, (podendo ser base para costumes internacionais) e as segundas são de caráter vinculante, obrigatórias, aos estados membros.

8 TEREZO, Cristina Figueiredo. *A atuação do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Pará, Belém, 2011.

9 Por terem que demonstrar resultados em curto prazo, daí porque precisariam de métodos de implementação distintos, os DESC necessitariam de mudanças estruturais dos Estados membros, precisavam de um número de assinaturas e ratificação, e ambos os pactos eram desejados por um grande número de países.

10 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. v. 1. p. 640.

11 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. v. 1. p. 640.

Em contrapartida, os Direitos Civis e Políticos foram vistos como mais fáceis de supervisionar e implantar, bastando a adequação legislativa aos países aderentes (liberdade negativa). Tal argumento, porém, também é improcedente, visto que o PIDCP prevê, em seu art. 2º, a obrigação dos Estados de implementar, substantivamente, os direitos como o direito à vida e à proteção da criança, ou o direito civil à assistência judiciária na perspectiva do devido processo legal no acesso à justiça.

In most cases, however, the measures to be adopted are not specified in the Covenant and it is for each State to determine them in the light of the protection needs of children in its territory and within its jurisdiction. The Committee notes in this regard that such measures, although intended primarily to ensure that children fully enjoy the other rights enunciated in the Covenant, may also be economic, social and cultural [...]¹².

A questão da divisão entre direitos civis e sociais, entretanto, vai mais além. Ela decorreu do aspecto ideológico que o período requeria em prol de uma união internacional com nações de ambos os polos do mundo da época: o bloco socialista (com os direitos sociais) e o capitalista (com os direitos civis)¹³, após o final da Segunda Guerra Mundial. O marco que traduz a importância da não divisão dos direitos acima destacados foi a Conferência de Teerã¹⁴, em 1968, ao adotar a Proclamação de Teerã, em seu parágrafo 13, o qual proclama, oficialmente, a indivisibilidade dos direitos.

Assim, para acompanhar as novas gerações de direitos não tutelados — à princípio — nas constituições de seus Estados, a Europa teve que se adequar, em 1995, e repensar em um Protocolo à Carta Social Europeia¹⁵, a qual significasse colocar em pauta a possibilidade de procedimentos de reclamações coletivas,

12 General comment n.º. 17: Article 24 (Rights of the child), Committee of Human Rights, ONU, thirty fifth session, 1989.

13 Apesar desse conflito político que dificultou a assinatura imediata de tais pactos, a atribuição de cada “bloco” de direitos *exclusivamente* a cada polo geopolítico (capitalista e socialista) é reducionista, visto que a própria delegação americana apoiou a entrada dos direitos sociais no corpo da DUDH, em favor de um sistema único de monitoramento para todos os direitos, dividido em comitês com atribuições de receber denúncias de violações a tais garantias, segundo Terezo.

14 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. v. 1. p. 640.

15 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. v. 1. p. 640.

complementando o sistema de relatórios¹⁶, para oportunizar a participação de atores sociais e organizações não governamentais (ONGs, organizações nacionais e internacionais), por meio de reclamações coletivas para proteger substantivamente os direitos sociais. Essa foi uma medida de compatibilizar a Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950) com as medidas assecuratórias de deveres positivos do Estado, como a intervenção do ente para a garantia de acesso à justiça, o que inclui adentrar no âmbito do direito público ou social¹⁷. O fato é que essas medidas são consolidadas na jurisprudência de tal corte.

Com o Protocolo de São Salvador¹⁸ no continente americano, em 1988 (em vigor desde 1999), deu-se preferência para os DESC, já que a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 resume os direitos sociais em seu art. 26, “desenvolvimento progressivo”.

O Protocolo de São Salvador foi pensado por meio de um Relatório Anual¹⁹, 1985-1986. Os DESC, no Protocolo de São Salvador, preocupam-se com o direito a um nível de vida adequado, oportunizado pelo exercício dos direitos ao trabalho (art. 6; art.7, condições justas e equitativas de trabalho), à educação (art. 13), à saúde (art. 10), à alimentação adequada (art. 12) e à previdência social (art. 9).

Assim, o mecanismo de controle da supervisão de tais direitos está previsto no art. 42 do respectivo protocolo, que determina aos Estados partes submeterem anualmente às Comissões de Executivas do CIES (Conselho Interamericano Econômico e Social) e do CIECC (Conselho Interamericano para Educação e Cultura) relatórios a fim de tutelar a garantia dos direitos previstos em tal norma²⁰.

Como busca de proteção mais eficaz no mundo, os DESC possuem um Comitê específico (CDESC) em que todos os Estados Partes no PIDESC são obrigados a submeter-lhes informes regulares, realizando, cons-

tantemente, decisões relevantes, para manter o objetivo do PIDESC e dar eficácia ao sistema de relatórios²¹, a fim de saber das conquistas, recomendações, sugestões e das dificuldades que impedem a eficácia do documento referido acima, art. 21 do PIDESC.

No Brasil, há o relatório “O Brasil e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais — Relatório da Sociedade Civil sobre o Cumprimento, pelo Brasil, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, que trata dos direitos contemplados pelo PIDESC: 1. Povos indígenas, remanescentes de quilombos e outras minorias; 2. Meio ambiente e desenvolvimento sustentável; 3. Discriminação e desigualdades; 4. Gênero; 5. Situação agrária; 6. Desenvolvimento econômico próprio; 7. Trabalho e Sindicalização; 8. Previdência social; 9. Descanso e lazer; 10. Família; 11. Saúde; 12. Alimentação; 13. Criança e adolescente; 14. Educação; 15. Cultura; 16. Moradia.

A natureza das obrigações dos países que aderem ao pacto em questão, incluindo o Brasil (ratificado em 1992), é progressiva e imediata, ou seja, a “obrigação de adotar medidas” imediatamente, art. 23 do PIDESC²².

Nesse ínterim, um dos compromissos, bastante relevante para o contexto sociopolítico brasileiro nos últimos anos, constitui, justamente, as “obrigações mínimas”²³, consagradas pelo PIDESC. Isso signifi-

21 No Brasil, foi criada a Coordenação Nacional formada por entidades (OAB, Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, Movimento Nacional de Direitos Humanos, CNBB, Centro de Proteção Internacional de Direitos Humanos, Anistia Internacional, INESC, Marcha Global contra o Trabalho Infantil, Ágora) e é coordenada pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados. A comissão definiu o cronograma de trabalho e a metodologia do relatório, de acordo com as orientações do Comitê da ONU. Tem como funções acompanhar a constituição e os trabalhos dos Grupos Temáticos e Grupos de Audiências Públicas; sistematizar o texto final do relatório a partir dos dados e análises obtidas. Os Grupos Temáticos são constituídos por técnicos e representantes de entidades que atuam nas 17 áreas correspondentes aos direitos contemplados no PIDESC. Sua função é identificar as organizações não-governamentais e governamentais em seus respectivos setores, obter dados, elaborar análises e sistematizar o relatório temático, além de participar da redação final do relatório do PIDESC.

22 O protocolo facultativo ao PIDESC, inaugurou a possibilidade de oferecer denúncia individual ao CDESC, daí os DESC passam a ser direta e individualmente exigíveis no sistema ONU, desde 2013 para os países que o assinaram (Uruguai, Argentina, Bolívia, Bósnia-Herzegovina, El Salvador, Equador, Eslováquia, Espanha, Mongólia e Portugal). LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. O acesso direto dos indivíduos ao Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU. *Universitas Relações Internacionais*, Brasília, v. 11, n. 1, p. 29-38, jan./jun. 2013.

23 É um núcleo mínimo de direitos que os Estados membros do

16 Mecanismo de supervisão da CEDH.

17 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. v. 1. p. 640.

18 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. v. 1. p. 640.

19 Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/CIDH.

20 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. v. 1. p. 640.

ca que, em casos de grave crise econômica²⁴, quando não se pode cumprir todos os direitos de tal pacto, fica a cargo do Estado o ônus de provar que o “máximo dos recursos disponíveis”²⁵ foram utilizados, devendo o ente assegurar os setores mais vulneráveis mediante programas de baixo custo, assim como provar quando este se encontra impossibilitado de cumprir com suas obrigações por razões externas, mesmo após infrutífera busca de auxílio internacional²⁶. Os recursos são tan-

to os existentes dentro do Estado Parte como aqueles disponibilizados pela cooperação internacional. Então, o direito a um recurso efetivo é, também, os recursos administrativos que devem ser acessíveis, não onerosos, rápidos e eficazes inclusive contando por último com a apelação judicial²⁷.

A interação entre o Direito Internacional e o Direito Regional para dar eficácia aos Direitos Humanos é de extrema importância para análise, pois os Estados são fiscalizados pelos mecanismos de controle dos direitos previstos nos pactos dos quais fazem parte (quando assinam a competência contenciosa para julgamento nas cortes) perante a comunidade internacional: “é a supervisão internacional da compatibilidade dos atos internos dos Estados com suas obrigações internacionais de proteção”²⁸, referente à responsabilização internacional dos Estados.

Outra prova de interferência é a submissão das normas internas à adequação do convencionalizado nos tratados internacionais, pela primazia das normas mais favoráveis às vítimas “a compatibilização e prevenção de conflitos entre as jurisdições internacional e nacional em matéria de direitos humanos”²⁹, como meio de controle de convencionalidade, fato que flexibiliza, em caráter constitucional, a soberania dos Estado Nação, mediante a transcendência ao direito estatal.

Tornando, assim, o Princípio da Soberania Estatal como responsabilidade, segundo Jónatas Machado:

[...] parece verificar-se uma tendência internacional no sentido de afirmação do modelo de “Estado de direito, democracia e direitos humanos”, como princípio de direito internacional. Alguma doutrina

PIDESC devem assegurar para garantir as necessidades básicas de cada indivíduo, pelo parágrafo 25 do princípio de Limburgo, 1986: “States parties are obligated regardless of the level of economic development, to ensure respect for minimum subsistence rights for all”.

24 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. v. 1. p. 640.

25 General comment n. 3, Committee on Economic, Social and Cultural Rights - Report on the Fifth Session, 1990: “NEPAL. 521. The Committee notes with appreciation that Nepal signed in 1996 a technical cooperation project and a memorandum of understanding with the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights [...] to execute the National Human Rights Action Plan in accordance with the Vienna Declaration and Programme of Action.10°. [...] 527. **The Committee takes note that the efforts of the State party to comply with its obligations under the Covenant are impeded by the high rate of population growth, the slow-down in economic growth, foreign debt, the effect of some aspects of the structural adjustment programmes it has adopted as well as the Maoist insurgency, which have negatively affected the enjoyment of economic, social and cultural rights by the population, and especially the most vulnerable and marginalized groups of society. The Committee strongly recommends that Nepal's obligations under the Covenant be taken into account in all aspects of its negotiations with international financial institutions, such as IMF, the World Bank and WTO, in order to ensure that economic, social and cultural rights, particularly of the most vulnerable groups, are duly protected. 555. The Committee urges the State party to continue to develop and adopt a national plan of action for human rights, which would include economic, social and cultural rights, in accordance with the Vienna Declaration and Programme of Action and in the context of a participatory, open and consultative process.** The Committee also requests the State party to annex a copy of the plan to its second periodic report.” (Grifo nosso).

26 O documento que garante o mínimo e a impossibilidade de escusa do Estado perante violações à garantia do mínimo é o parágrafo 10 do General comment n.3, Comittee on DESC: “[...] Committee is of the view that a minimum core obligation to ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels of each of the rights is incumbent upon every State party. Thus, for example, a State party in which any significant number of individuals is deprived of essential foodstuffs, of essential primary health care, of basic shelter and housing, or of the most basic forms of education is, prima facie, failing to discharge its obligations under the Covenant. **If the Covenant were to be read in such a way as not to establish such a minimum core obligation, it would be largely deprived of its raison d'être.** By the same token, it must be noted that any assessment as to whether a State has discharged its mini-

um core obligation must also take account of resource constraints applying within the country concerned. **Article 2 (1) obligates each State party to take the necessary steps ‘to the maximum of its available resources’.** In order for a State party to be able to attribute its failure to meet at least its minimum core obligations to a lack of available resources it must demonstrate that every effort has been made to use all resources that are at its disposition in an effort to satisfy, as a matter of priority, those minimum obligations.” (Grifo nosso).

27 LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. O Acesso direto dos indivíduos ao Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU. *Universitas Relações Internacionais*, Brasília, v. 11, n. 1, p. 29-38, jan./jun. 2013.

28 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. v. 1. p. 640.

29 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. v. 1. p. 640.

considera que, partindo da afirmação do indivíduo como unidade primária e sujeito por excelência do direito internacional, a qualidade de Estado de direito democrático de direitos fundamentais deveria ser considerada pela comunidade internacional, como critério de legitimação da própria existência de um Estado enquanto tal. Neste sentido aponta a concepção de soberania como responsabilidade.

Nesse sentido, Flávia Piovesan analisa que é uma “abertura jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos”³⁰, em que a prevalência de tal princípio rege o Brasil no âmbito internacional de forma a vinculá-lo (*pacta sunt servanda*³¹) às normas internacionais dos Direitos Humanos, assim como a integração plena delas na esfera nacional, e de adotar posições políticas contrárias aos Estados em que tais direitos sejam desrespeitados.

O autor Mazzuoli considera, acertadamente, que a norma interna tem de estar em conformidade material com os tratados de direitos humanos internacionais, incluindo, assim, os tratados ratificados antes de 2004 (o Pacto de São José, o PIDCP e o PIDESC) por meio do controle difuso, já garantido pela CF de 88.

O fundamento do princípio *pro homine*, art.4º, II da CF, que é um princípio geral de direito internacional responsável por garantir a norma mais favorável ao ser humano em meio a uma situação jurídica real³²; decorre de dois fundamentos, dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos, os quais são *condition sine qua non* do Estado Brasileiro.

Segundo Mirely Delmas Martir, os Direitos Humanos internacionais possuem limites — apenas alguns raros possuem proteção absoluta ou quase absoluta. A última ocorre com relação ao direito à vida, visto que a pena de morte e da legítima defesa é justificável nos ca-

sos de guerra, art. 4º do PIDCP; já referente à proteção absoluta tem-se a proibição da tortura, dos tratamentos desumanos ou degradantes, da escravidão e servidão, expulsões coletivas de estrangeiros, todos esses referentes à dignidade inerente à pessoa (prevista no art. 1º da DUDH, 1948, e nos pactos da ONU, de 1966).

A dignidade faz referência ao irredutível humano; é a exigência ética proibida de ultrapassar, em que a violência é um ato de negação do humano e, mais grave que o atentado à vida é o atentado à dignidade, pois essa é o que permite o homem se elevar/expressar para além das questões biológicas. Segundo Jean Ladrière, a tortura³³ é a tentativa de reduzir o corpo ao sofrimento e levar junto a consciência; é uma forma de destruição metafísica seguida da destruição física corolário do direito à vida. Portanto, para Martir os direitos de liberdade com relação à greve necessitam da análise da matéria econômica e social. Em suas análises do TEDH, conclui que este julga sem dividir os direitos, visto que a dignidade não se divide, e por isso a extrema pobreza e a exclusão social consistem em violações da dignidade — o direito ao desenvolvimento é universal e inalienável, como parte integrante dos direitos fundamentais da pessoa humana³⁴.

Em seguida à Emenda Constitucional 45, pela inclusão do art. 5º, §3, os tratados de direitos humanos internacionais passaram a ser formalmente constitucionais, com *status* equivalente a emendas constitucionais, quando aprovados com o *quórum* qualificado, configurando o controle de convencionalidade³⁵, que consiste na compatibilização da produção normativa nacional com os tratados ratificados acima mencionados. Tais tratados, equivalentes a emendas, sujeitam as normas infraconstitucionais ao controle concentrado (ADIN, ADPF, ADCO) de constitucionalidade.

Em 2008, no HC 87.585-8/ TO, o Ministro Celso de Mello reconheceu o valor constitucional dos tratados de direitos humanos internacionais, independentemente da aprovação legislativa qualificada, por uma questão de primazia hierárquica em face aos tratados internacionais de direitos humanos a antinomias no direito interno,

30 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 673.

31 Faz-se a ressalva de que os tratados internacionais podem positivizar costumes já aplicados no direito internacional. Além disso, a relação de aplicação das normas é entre Estados partes, que consentiram expressamente com a adoção, por meio da ratificação da aprovação no Congresso Nacional de um acordo assinado pelo presidente da república (art. 84, VIII c/c. art. 49, I CF/88), salvo os preceitos dos tratados que decorrem dos costumes internacionais já incorporados internacionalmente, de acordo com a Convenção de Viena de 1969. Ainda no mesmo sentido, o art. 27 da mesma ressalta que “uma parte não pode invocar princípios de direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado”.

32 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 46, n. 181, p. 113-139, jan./mar. 2009.

33 MARTY, Mireille Delmas. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 306.

34 MARTY, Mireille Delmas. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 306.

35 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 46, n. 181, p. 113-139, jan./mar. 2009.

consagrando, assim, a aplicação do princípio internacional *pro homine*³⁶.

Já os tratados internacionais comuns, ratificados pelo Brasil, possuem *status* supralegal, inferior ao da CF, mas superior ao das leis internas, por não poderem ser revogados por lei infraconstitucional interna posterior, noção essa prevista no art. 98 do CTN. Assim, tem-se o controle de legalidade³⁷.

O termo “dupla verticalidade” se refere ao controle de constitucionalidade de uma norma interna com a CF e ao controle de convencionalidade a que essa norma deve se adequar com relação aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados; e, para efeitos de controle de convencionalidade, são incluídos, também, os precedentes proferidos pelos tribunais internacionais. A norma interna que seja constitucional, mas inconvencional, é vigente (refere-se a sua conformidade com o processo de produção legislativa: aprovação pelo Parlamento, sanção pelo Presidente da República, promulgação e publicação em Diário Oficial, esgotamento do prazo do *vacatio legis*), porém não é válida (faz referência ao conteúdo ser coerente com as normas internacionais) no ordenamento³⁸. Quando uma lei interna anterior conflita com um tratado comum ratificado e em vigor (supralegalidade), ela é revogada de forma imediata³⁹. Assim, ressalta-se que as normas que condicionam a produção interna são, também, de cunho substancial, como o Princípio da Igualdade e a Preponderância dos Direitos Fundamentais⁴⁰.

A CF trata da compatibilidade das leis no âmbito dos direitos expressos por ela, art. 5º, §2º, que incluem os direitos fundamentais expressos (direitos e garantias protegidos pelas *cláusulas pétreas* do art. 60, §4º, IV⁴¹) e

os direitos implícitos decorrentes do regime e dos princípios que devem ser compatíveis aos direitos previstos nos tratados (os quais não estão nem expressos nem implícitos na CF).

A Constituição brasileira não possui regra específica para o embate entre dualismo ou monismo. Segundo Mazzuoli, no Brasil, vivencia-se a Teoria do Dualismo Moderado, em que o direito internacional público e o direito interno são dois ordenamentos jurídicos distintos. Em decorrência disso, é necessário um ato formal de internalização dos tratados, como um decreto ou um regulamento⁴² para a garantia dos direitos fundamentais, de acordo com o art. 5º, §1 e §3 da CF/88, com o fim de integrar os tratados ratificados de direitos humanos e aplicá-los no plano do Ordenamento Jurídico interno. Devido a tal fato, não se tem no Brasil a soberania estatal absoluta, pelo Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos na sua Carta Magna.

De acordo com Mazzuoli, atribui-se o valor de norma constitucional fundamental à previsão constitucional dos DESC, visto que não podem ter sua aplicação diminuída, deve ser dada a máxima eficácia à previsão constitucional, já que os pactos internacionais aprovados pelas Nações Unidas, a DUDH, a Carta da ONU, são considerados normas de *jus cogens*⁴³ conjunto de normas internacionais costumeiras inderrogáveis⁴⁴, de caráter imperativo referente aos direitos mais essenciais ao homem⁴⁵. Ademais, o art. 5º, §3º da CF/88 atribui aos tratados internacionais de direitos humanos o caráter de cláusula pétrea e não podem ser abolidos por outra emenda constitucional, art. 60, §4º da CF/88⁴⁶.

Outra observação esclarecedora é a de que não há substituição do Ordenamento Jurídico interno. As Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos não são um grau recursal, ou substitutivas da jurisdição regional; fato é que precisa haver o esgotamento dos

36 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 46, n. 181, p. 113-139, jan./mar. 2009.

37 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 46, n. 181, p. 113-139, jan./mar. 2009.

38 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 46, n. 181, p. 113-139, jan./mar. 2009.

39 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 46, n. 181, p. 113-139, jan./mar. 2009.

40 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 46, n. 181, p. 113-139, jan./mar. 2009.

41 Que inclui não só os direitos individuais, como também os econômicos, sociais e culturais por uma interpretação teleológica,

segundo a doutrina considera-se os “direitos fundamentais”.

42 Não há previsão na CF de algum procedimento formal de internalização de tratados, mas o STF se posiciona no sentido da necessidade de um decreto de execução presidencial.

43 É um núcleo de normas que criam obrigações *erga omnes*, previstas art. 53 e 64 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969.

44 BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em direito internacional*. Lisboa: Lex, 1997. p. 375.

45 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 673.

46 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 673.

recursos internos (tal Estado tem a obrigação de conhecer e interpretar as normas internacionais) para que um caso seja levado a tais organismos de supervisão (subsidiária, a qual julga baseando-se em jurisprudências internacionais, tratados e doutrina respectivos), quando se verificar uma possível violação das obrigações internacionais de direitos humanos pelos Estados Partes nas suas decisões judiciais e administrativas⁴⁷.

Ainda nesse interim, há os mecanismos de “garantia coletiva” à proteção dos direitos em questão, por meio de petições interestatais, em que um órgão de supervisão internacional pode ser acionado a verificar os atos jurídicos, normativos e administrativos de outro Estado Parte⁴⁸. Assim como há, também, o direito de petição individual⁴⁹.

As limitações, restrições, devem ser previstas em lei, justificadas pelo Estado, em casos excepcionais⁵⁰, para o interesse da sociedade complementada com a democracia, a fim de não se incorrer em arbitrariedades. A CADH é autoaplicável, como direito de resposta a uma obrigação internacionalmente exigível⁵¹, consagrada no art. 2º da mesma, de adotar medidas para fazerem valer os direitos nela mencionados, se já não existirem medidas legislativas ou administrativas no próprio ordenamento interno.

Nesse sentido, houve a criação do PNDH-3⁵² no

47 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. v. 1. p. 640.

48 Previsto no art. 45 da CADH e no art. 41 do PIDCP.

49 Previsto no art. 44 da CADH.

50 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. v. 1. p. 640.

51 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. v. 1. p. 640.

52 Como produto da implementação da Ação nº. 10 da Declaração e Programa de Ação de Viena, Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, 1993: “A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reafirma o direito ao desenvolvimento, conforme estabelecido na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, enquanto direito universal e inalienável e parte integrante dos Direitos Humanos fundamentais.

Conforme estabelecido na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, a pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento. O desenvolvimento facilita o gozo de todos os Direitos Humanos, mas a falta de desenvolvimento não pode ser invocada para justificar a limitação de Direitos Humanos internacionalmente reconhecidos. Os Estados devem cooperar entre si para assegurar o desenvolvimento e eliminar os obstáculos que lhe sejam colocados. A comunidade internacional deve promover uma cooperação internacional efetiva com vista à realização do direito ao desenvolvimento e à

Brasil, (um aperfeiçoamento dos PNDH1 e PNDH2), sendo produto da 11ª Conferência Nacional de Direitos Humanos, em 2008, em que a sociedade civil organizada e o poder público decidiram consolidar a promoção de tais direitos. O PNDH-3 possui seis eixos orientadores, subdivididos em vinte e cinco diretrizes e oitenta e dois objetivos estratégicos, assim como Convenções Nacionais temáticas, Planos e Programas do Governo Federal, Tratados internacionais ratificados pelo Estado, Recomendações dos Comitês de Monitoramento de Tratados da ONU e de Relatórios Especiais que reformulam os planos anteriores.

É importante salientar, ainda, que os mecanismos de controle e monitoramento das violações de Direitos Humanos prescindem do diálogo público. Somente assim se consegue, com eficácia, as consequências do instituto “power of shame”, que é o procedimento da CUDH responsável por forçar o estado a cumprir com suas recomendações, visto que seu nome estará “marcado” e “envergonhado” perante a comunidade internacional, acarretando consequências negativas para esses, de tal forma reduzindo o número de futuras violações e condenações.

Com todas as implementações legais e administrativas, prevalece, substancialmente, a norma mais favorável à vítima. Isso significa que, independentemente da hierarquia que as normas possuem internamente no país, há a supremacia de tal princípio.

Assim, se um país membro possuir leis mais favoráveis até mesmo do que as garantidas nos pactos internacionais já mencionados, tal ente não pode restringir esses direitos “mais benéficos”⁵³ sob a justificativa de que tal tratado não os reconhece no mesmo nível de garantia (art. 5º. 2 do PIDCP e art. 4º do Pacto de São Salvador), visto que os próprios padrões internacionais de tutela a direitos não podem ser rebaixados, mas sim elevados⁵⁴.

eliminação de obstáculos ao desenvolvimento.

O progresso duradouro no sentido da realização do direito ao desenvolvimento exige a adoção de políticas de desenvolvimento eficazes a nível nacional, bem como o estabelecimento de relações econômicas equitativas e a existência de um panorama econômico favorável a nível internacional.”

53 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. v. 1. p. 640.

54 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. v. 1. p. 640.

3. AS CONSEQUÊNCIAS DOS DESC COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

As principais críticas aos direitos sociais como direitos fundamentais são de ordem estrutural: por serem aplicáveis apenas sob a luz do princípio da reserva do financeiramente possível; o fato dos mesmos necessitarem de positividade especificada para todas as espécies de demandas (visto que tais garantias somente seriam concedidas a um grupo de pessoas “necessitadas”, portanto não seriam universais); e a indeterminabilidade do conteúdo constitucional de prever todos os ditos direitos dessa espécie (ou seja, vinculação fraca do poder público à norma constitucional). Tais análises impedem, segundo a crítica, o tratamento igualitário aos dois tipos de direitos civis e sociais⁵⁵.

O Estado conta com a administração pública para organização de gastos por meio do sistema financeiro e orçamentário, com planejamentos de receitas e despesas. As carências materiais das pessoas perpassam os direitos sociais, os quais possuem um alto custo financeiro associado à criação e disponibilização de instituições, serviços e estruturas que forneçam acesso aos DESC. Estes estão sujeitos à limitação financeira em que um Estado, durante uma escassez moderada de recursos, acaba por vincular (*ultra posse nemo obligatur*) a previsão, a escolha legislativa e executiva de planejamento à prestação judicial.

A reserva do possível é definida como os bens que a sociedade pode exigir de forma razoável à administração, onde em cada caso concreto tem que se levar em conta as circunstâncias específicas (relação entre necessidades e possibilidades das prestações), e a proporcionalidade⁵⁶.

Ainda nesse sentido, o Estado, em típica situação de normalidade, não possui escassez financeira absoluta, mas sim prioridades de escolhas políticas com relação à distribuição e alocação de recursos dentre as várias opções públicas.

Em decorrência de tal fato, a crítica considerou os direitos sociais como dependentes da imposição parla-

mentar (o titular do poder político e o legislador), em que o juiz estaria usurpando a função destes se definisse a distribuição de recursos no processo, invadindo a esfera da separação de poderes. Nessa situação, os direitos fundamentais não ficariam a cargo exclusivamente do interesse parlamentar. Contudo, o juiz só pode decidir sobre direitos fundamentais se assim o legislador definiu, segundo Alexy⁵⁷.

Todos os direitos são positivos, segundo Sunstein e Holmes⁵⁸, inclusive os de liberdade, e todos demandam de redistribuição de riqueza social. Portanto, estes dependem de responsabilidade como fruto de negociação/opção social; por isso, são dependentes das instituições públicas. Os direitos são, para além da sua fundamentação moral, descritivos no sentido de possuírem “dentes” que possibilitam a utilização do aparato estatal, dos remédios jurídicos previstos no ordenamento para que se garantam e efetivem tais direitos de forma concreta - é o seu viés pragmático complementando a fundamentação ética. Qualquer direito negativo precisa de um sistema judicial e administrativo que garanta o seu remédio, ou seja, também depende de custos, gastos e despesas⁵⁹.

Com relação aos remédios dos DESC, se tem avanços no sentido de procurar alternativas, para além das costumeiras indenizações, restituições, ilícitos cíveis, e declaração de ato inválido. Os tribunais exigem certo curso de ação para o estado reparar determinado dano. Além das cortes judiciais serem mais dialogais, elas emitem ordens de acompanhamento de decisões anteriores, a fim de garantir que os pleitos da decisão favorável sejam garantidos. Isso ocorre muito na esfera internacional de supervisão das decisões das cortes internacionais, mediante o sistema de relatórios⁶⁰.

Além dos remédios, há outras formas de o Estado intervir como a manutenção da segurança pública para

55 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Editora Wolters Kluwer Portugal, 2010.

56 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Editora Wolters Kluwer Portugal, 2010.

57 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Editora Wolters Kluwer Portugal, 2010.

58 GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 380.

59 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Editora Wolters Kluwer Portugal, 2010.

60 LANGFORT, Malcolm. Judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise sócio jurídica. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 98-133, 2009.

manter a propriedade privada de um indivíduo titular. Mesmo que o último seja um direito “negativo”, ele precisa da proteção positiva do Estado para a sua proteção, como um aparato contínuo normativo, produzido por juízes e legisladores, da proteção contínua dos agentes governamentais como bombeiros, policiais, dentre outros que são mantidos e pagos pelo ente. Assim como todos os outros direitos de liberdade positivados na CF/ 88 estão passíveis da mesma relação, todos os direitos fundamentais são positivos por possuírem custos.

O Estado só existe em razão dos recursos econômicos e financeiros arrecadados dos indivíduos; o fluxo orçamentário é necessário para existência concreta dos direitos. O estudo dos custos serve para redimensionar a atenção (escolha pública com o que gastar) para os direitos em determinada sociedade, visto que os recursos são insuficientes. Então, a ideia de analisar os custos e benefícios pode ofertar uma solução sistêmica, no âmbito do direito público, na perspectiva da compreensão econômica das medidas judiciais.

Nem sempre serão utilizadas decisões *standards*, para não excluir da análise de ponderação os efeitos práticos para a pessoa no caso concreto, o que pode significar a negação concreta do mesmo direito a várias outras pessoas em outros casos.

Ainda a respeito da reserva do possível, a efetividade e eficácia são noções distintas. É nesse ponto onde se encaixa a complementariedade entre as espécies de direitos já citados, pois é importante garantir, juridicamente, um direito, assim como criar condições fáticas (reais) que permitam a todos o acesso ao bem protegido. Tanto os direitos liberais precisam de eficácia, para serem garantidos, quanto os sociais precisam de reconhecimento normativo, flexível, para serem economicamente implantados pelo Estado de forma célere.

No que concerne às propostas de ponderação para resolução de conflitos entre direitos sociais como solução para os conflitos judiciais, existe margem para o legislador ordinário ou o órgão judicial se esquivarem de um direito social fundamental, pois este pode ser sempre restringido com a justificativa da defesa de outro bem que seja igualmente digno de proteção⁶¹.

Apesar de a reserva do possível ter como conse-

61 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Editora Wolters Kluwer Portugal, 2010.

quência a possível restrição de direitos, não é escusável a constante utilização dessa restrição, visto que não é constitucionalmente admissível⁶², pois há a proibição do excesso de “restrições”.

Considerando que os direitos liberais estão condicionados à ponderação e ao limite financeiro em certos casos, e os sociais estão condicionados à ponderação e à reserva do financeiramente possível, cabe ao judiciário⁶³ a última palavra, respeitando o limite orçamentário. Desse modo, o legislador ordinário faz escolhas políticas orçamentárias, e o juiz fica vinculado às omissões daqueles com as ausências das previsões dos direitos sociais.

Por outro lado, como visto anteriormente, os direitos são complementares, pois não há a garantia dos direitos liberais sem um mínimo de direitos matérias, ou seja, os DESC acabam fazendo parte (integrante) dos próprios Direitos Cíveis e Políticos. Então, a reserva do possível limita, em igual medida, os direitos liberais⁶⁴. Dessa forma, o problema de escolha política ordinária também afeta os direitos liberais, como o direito à vida⁶⁵ que precisa de um mínimo material para ser garantido⁶⁶.

62 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Editora Wolters Kluwer Portugal, 2010.

63 É possível a intervenção do Judiciário para a recomposição da ordem jurídica toda vez que houver violações por ação ou omissão do Poder Público, visto que o Estado existe para atender ao bem comum, pela satisfação espontânea dos direitos fundamentais. Não é seria válida a invocação do princípio da separação dos poderes para a não apreciação da pretensão do titular do direito fundamental social. ANDRADE, Diogo de Calasans Melo. Políticas públicas, mínimo existencial e Poder Judiciário: a questão do direito à moradia. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 150-165, 2016.

64 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Editora Wolters Kluwer Portugal, 2010.

65 No caso Vilagran Morales e outros contra Guatemala, o Juiz Cançado Trindade Presidente da Corte Interamericana, entendeu que: “O dever do Estado de tomar medidas positivas se acentua precisamente em relação com a proteção da vida de pessoas vulneráveis e indefesas, em situação de risco, como são as crianças de rua. A privação arbitrária da vida não se limita, pois, ao ilícito de homicídio; se estende igualmente a privação do direito de viver com dignidade. Esta visão conceitua o direito a vida como pertencente, ao mesmo tempo, ao domínio dos direitos civis e políticos, assim como ao dos direitos econômicos, sociais e culturais, ilustrando assim a inter-relação e indivisibilidade de todos os direitos humanos”. LIMA, Jayme Benvenuto Jr. *Acesso aos sistemas global e regional de proteção dos direitos humanos: manual de direitos humanos internacionais*. São Paulo: Loyola, 2002.

66 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Editora Wolters Kluwer Portugal, 2010.

Assim, o Estado precisa atuar, positivamente, para garantir os direitos sociais o que, conseqüentemente, permitirá a melhor condição para o exercício dos direitos fundamentais de liberdade (civis e políticos).

Em seguida, a escolha do Estado em qual direito dedicar seus recursos é o que caracteriza a reserva do possível, visto que sempre há dinheiro, porém, nunca haverá dinheiro para determinados pleitos, já que, no caso, o legislador decidirá onde alocar cada recurso; por isso, existe a pressão para os assuntos envolvendo alocação de recursos tanto jurídica quanto politicamente.

Em casos regionais de recursos escassos há o dilema em saber qual a responsabilidade dos órgãos perante violações de direito. O juiz tem o papel de analisar se as circunstâncias são passíveis de generalização, pois um caso gera precedente para seus semelhantes, tal qual o Estado tem o dever de cumprir a decisão para com a sociedade. O que se pretende afastar é a ideia da generalização como escusa para cumprir obrigações constitucionais (incluindo os DESC), já que, em matéria de defesa, a administração se limita, constantemente, a alegar a impossibilidade material de generalização igualitária da prestação social, porém, negar isso seria negar a própria qualidade de direito⁶⁷.

No Brasil, com a vinculação constitucional delimitando os princípios a serem seguidos pelo judiciário e com a crescente vinculação a tratados internacionais de Direitos Humanos (em especial ao PIDESC), o juiz tem que interpretar a decisão do caso de acordo com as orientações superiores⁶⁸ (justiciabilidade forte dos direitos positivos).

Em relação à legislação ordinária, quando restringe direitos na escolha de alocação de recursos, há a necessidade do controle da sua constitucionalidade, pois trata das parcelas de direitos fundamentais; por exemplo, a Constituição Brasileira garante a assistência material em casos de desemprego (seguro desemprego, art. 7, II CF/88), e posteriormente o legislador infraconstitucional criou o subsídio desemprego que integra o direito social fundamental, o qual, se for negado, estar-se-á a violar o direito fundamental.

67 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Editora Wolters Kluwer Portugal, 2010.

68 Decisões das instâncias superiores nacionais, e da responsabilidade assumida internacionalmente de respeito às normas internacionais de direitos humanos (legislações, costumes, princípios, jurisprudência, recomendações).

Em decorrência dos pontos já tratados neste artigo, faz-se essencial a análise do mínimo social, isto é, o *quantum* exigível das prestações. Segundo os críticos, não é possível este ser determinado por ponderações. Nesse sentido, o mínimo pode ser motivo/argumento para o Estado não se esforçar a garantir um progresso deste quando tem condições. Então, a interpretação que melhor define a tentativa de distribuição de bens materiais básicos a todos é: o Estado deve fazer o máximo possível com o mínimo progressivo.

Ao mínimo existencial aplica-se a noção de dupla função: prestacional (positiva) e defensiva (negativa), inerente aos direitos fundamentais em geral e aos direitos sociais em particular. O núcleo essencial, blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade, não é o mesmo em cada direito social (educação, moradia, assistência social, etc.), fazendo-se necessária a contextualização em cada oportunidade⁶⁹.

Enquanto o mínimo fisiológico se constitui das condições materiais mínimas para uma vida condigna, no sentido da proteção às necessidades de caráter existencial básico, o mínimo existencial sociocultural, para além da proteção básica já referida, objetiva assegurar ao indivíduo um mínimo de inserção na vida social e cultural⁷⁰. Cabe aos tribunais decidir sobre esse padrão existencial mínimo, nos casos de omissão ou desvio de finalidade dos órgãos legiferantes. Tal “mínimo” não pode servir de pretexto para a redução ao aspecto meramente “vital”, pois a dignidade implica dimensão ampla e sociocultural (relativa à essência/personalidade humana) que é igualmente considerada elemento nuclear a ser respeitado e promovido, razão pela qual prestações básicas em termos de direitos culturais estão inclusas no mínimo existencial⁷¹.

Consoante Alexy, doutrina utilizada na construção dos pilares democráticos brasileiros, os princípios são mandados de otimização que colidem num caso con-

69 SARLET, Ingo Wolfgang. Prestação jurisdicional, dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. *Revista CEJUR / TJSC*, v. 1, n. 1, p. 29-44, 2013.

70 SARLET, Ingo Wolfgang. Prestação jurisdicional, dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. *Revista CEJUR / TJSC*, v. 1, n. 1, p. 29-44, 2013.

71 SARLET, Ingo Wolfgang. Prestação jurisdicional, dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. *Revista CEJUR / TJSC*, v. 1, n. 1, p. 29-44, 2013.

creto, resultando na prevalência de um princípio em detrimento de outro para se encontrar a solução⁷². Por conseguinte, rejeita-se a hierarquia entre princípios, visto que as suas dimensões de peso e proporcionalidade se dão conforme as circunstâncias do caso concreto. O termo “mandado de otimização” decorre dos princípios serem aplicados na sua maior medida possível⁷³, como a maximização/otimização do mínimo existencial, mesmo que existam limitações fáticas (empíricas) tais como a limitação de recursos para a garantia do direito de saúde, e limitações jurídicas referentes aos limites do direito fundamental de um ser o direito fundamental do outro.

O caráter fundamental, nesse sentido, refere-se aos direitos constitucionalmente garantidos de forma implícita ou explicitamente. Se o direito internacional em matéria de Direitos Humanos é previsto no art. 4º e incisos da CF/88, então, seus princípios devem ser assegurados e otimizados no caso concreto. Dessa forma, quando se tem o embate, vivenciado pelos tribunais, entre direito à saúde (é princípio por ser um direito fundamental explícito, art. 196 CF) e o direito ao orçamento público, utilizado na defesa do estado (é princípio por ser um direito fundamental implícito) tem que se levar em conta a proporcionalidade, no caso prático, para se escolher qual adotar. Portanto, o mínimo é um conceito que deve ser interpretado da forma mais ambiciosa possível (visão maximalista), para não incorrer em justificações de limitação de direitos (visão minimalista), e se evitar que, em prol de certos direitos (aqueles escolhidos pelo legislador ordinário), outros direitos “sejam desnecessários”.

Os direitos sociais são importantes, também, na sua dimensão negativa. O direito de *non facere* do Estado constitui garantia de direitos, de respeitar os direitos fundamentais. Consoante à liberdade negativa, há uma consequência: o direito ao não retrocesso do que já se está sendo realizado como proteção jurídica reforçada para não afetar o conteúdo dos direitos sociais, implícita no art. 2º, 1, PIDESC.

A realização progressiva dos Direitos Humanos, em geral, já constitui uma proibição implícita ao retrocesso. Dessa maneira, dentre os órgãos das Nações Uni-

das, o Comitê dos DESC fica encarregado de vigiar a aplicação de tais direitos para se evitar que o mínimo existencial seja restringido ao mínimo vital, e o Estado não possa se escusar de responsabilidades por restringir direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana é a garantia de uma existência que permita a “plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade”⁷⁴. Esse conteúdo dialógico, diretamente, com o mínimo existencial, o qual independe de expressa previsão legal na Constituição para poder ser reconhecido. O mínimo existencial é o núcleo dos direitos fundamentais onde se propõe assegurar a vida por meio do respeito à dignidade da pessoa humana com base na garantia dos direitos básicos socioculturais, e no Princípio da Igualdade, sendo este mínimo protegido contra intervenções estatais e da própria sociedade⁷⁵.

A Constituição brasileira, como a portuguesa, adota a noção dos direitos sociais como sendo direitos fundamentais expressamente garantidos. Assim, associa-se que o dever estatal é complexo, no sentido de abster-se com relação a direitos negativos e de intervir pela atuação positiva para a remoção de impedimentos do exercício de direitos (causados tanto por particulares quanto por entidades públicas, nacionais ou internacionais), em prol da garantia dos direitos fundamentais, tanto de cunho liberal como social. Já que as privações de direitos se tornam uma forma de exclusão de prerrogativas individuais elementares que deveriam ser certas, dentre elas está a área do campo político, econômico e social. Além da intervenção estatal preventiva, há também a intervenção em face de eventos fáticos: eventualidades naturais, catástrofes, riscos tecnológicos, entre outras que coloquem o cidadão em situação de risco⁷⁶.

72 ALEXY, Robert. *Teoria e direito público*: teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. p. 670.

73 ALEXY, Robert. *Teoria e direito público*: teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. p. 670.

74 SARLET, Ingo Wolfgang. Prestação jurisdicional, dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. *Revista CEJUR / TJSC*, v. 1, n. 1, p. 29-44, 2013.

75 SARLET, Ingo Wolfgang. Prestação jurisdicional, dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. *Revista CEJUR / TJSC*, v. 1, n. 1, p. 29-44, 2013.

76 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Editora Wolters Kluwer Portugal, 2010.

4. UMA IDEIA DE JUSTIÇA NO AUMENTO DE LIBERDADES PARA O DESENVOLVIMENTO SOCIAL

Amartya Sen utiliza-se da ideia de que uma teoria de justiça como um modelo menos injusto partiria da consideração de um *espectador imparcial*, da perspectiva do homem que se ausenta do vínculo com a posição (social) atual, a fim de realizar juízos “desinteressados”. Nessa lógica, qualquer pessoa, tanto as pertencentes à sociedade analisada/grupo focal — denominada de *imparcialidade fechada* por John Rawls — quanto os de fora dela — denominada de *imparcialidade aberta* por Adam Smith — são essenciais para determinar quais os princípios da justiça a fim de atribuir direitos e deveres a serem obedecidos pelo grupo focal e de melhorar a distribuição de bens no modelo de justiça a ser adotado.

A posição original é pôr o homem sob o véu da ignorância do contrato social hipotético, em que este escolherá seus princípios básicos por meio de um prisma ausente de parcialidades de uma posição determinada, com o intuito de evitar ao máximo os benefícios de classes e objetivos pessoais. Em complementação a Rawls, Sen se utiliza de Smith para acoplar as vozes dos outros, externos, ao grupo que se analisa a fim de chegar a uma conclusão principiológica ainda mais justa. O objetivo é eliminar os princípios que só podem ser conhecidos a partir de uma posição específica previamente estipulada⁷⁷; o fim é alcançar um equilíbrio reflexível, em que as opiniões coincidem, o qual está sujeito a perturbações até ser reequilibrado.

O que os homens veem não é desvinculado da posição em que estão, a objetividade posicional, é aquilo visto por qualquer pessoa a partir de uma posição específica. Conforme esse raciocínio, Amartya Sen procura relacionar a ética e a política com o interesse de quem está na posição específica ocupada, como forma de busca do interesse próprio devido a essa posição; por exemplo, o funcionário público que dá preferência ao interesse de seu filho em prol dos seus deveres civis, ou seja, a posição entre eles dá margem para ele tomar essa decisão.

A perspectiva da posição pode manter as pessoas limitadas a elas, como numa sociedade em que a mulher é, por tradição, subalterna, tem-se uma barreira para o

aumento do número de mulheres cientistas. A necessidade de ir além da posição de observação se deve à superação de discriminações. É importante observar que isso se interliga com o estado das sociedades, categorizando os indivíduos somente por uma de suas identidades em detrimento de todas as outras⁷⁸.

No entanto, mesmo adotando a ideia de que uma posição imparcial seria mais justa, a realidade nos leva a considerar que nem sempre as pessoas agem com a razão; caso contrário, tal modelo de justiça seria utópico. O que se procura é a capacidade de oportunizar a escolha racional à pessoa, deixando o indivíduo livre para raciocinar os seus atos e as consequências dele, assim como a dos outros ao seu redor; visto isso, essa capacidade, em outras palavras, é “o potencial de realizar várias combinações de funcionamentos que possamos comparar e julgar entre si com relação àquilo que temos razão para valorizar”⁷⁹.

Amartya Sen se utiliza de uma alegoria lúdica, um mito indiano, a fim de explicar o que seria a justiça, Niti e Nyaya, sendo a primeira a “adequação organizacional quanto à correção comportamental”, já a segunda é complementar, mas está preocupada com “ao modo como emerge, em especial, a vida que as pessoas são realmente capazes de levar”⁸⁰.

A felicidade, portanto, sobre a perspectiva de Nyaya, é um fator importante para transformar as liberdades em capacidades e em realizações, segundo a “Teoria das Capacidades”, pois tanto os sucessos quanto os fracassos pessoais se relacionam com as realizações dos objetivos de cada um. Vale ressaltar que mesmo comparando a felicidade de um indivíduo em diferentes modelos de estado social, não é válida a comparação da felicidade de um com a de outro indivíduo. A felicidade está ligada com a identidade, por exemplo o secularismo que surge de interpretações políticas em busca de benefícios próprios pode acarretar em uma divisão sectária (demagogia sectária). Logo, reconhecer a multiplicidade de identidades é uma reflexão importante; a identidade religiosa é uma só⁸¹.

78 SEN, Amartya. *Ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

79 SEN, Amartya. *Ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

80 SEN, Amartya. *Ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

81 SEN, Amartya. *Ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

77 Se o observador soubesse que era “rico”, iria defender o princípio de que vários tributos sociais são injustos, e o contrário seria concluído pelo mesmo se soubesse que era “pobre”.

As declarações éticas (Declaração de Independência dos EUA, declaração francesa dos direitos do homem e Universal de Direitos Humanos, de 1948) são convites para criações de novas legislações (regionais ou mais específicas), pois são frutos de conteúdos políticos distintos, resultados das vozes de pessoas e instituições, bem como a elaboração dessas declarações possuem reações de grupos que confluem com as instituições, que procuram afirmações éticas legalmente asseguradas⁸². Portanto, os Direitos Humanos são pretensões éticas associadas às liberdades, em que aquelas surgem mediante o debate racional, com a imparcialidade aberta, o que serve de inspiração a leis e até mobilizações sociais.

Esses direitos não são derivados da cidadania de qualquer país, são pretensões de todos os seres humanos. Nesse sentido, a necessidade de ouvir vozes diversas/externas à uma determinada cultura por meio da experiência do “espectador imparcial” não quer dizer aceitar todas as propostas, mas sim enriquecer a noção crítica do grupo estudado por meio de trocas de experiências, sendo essa noção até mesmo necessária para fortalecer o respeito a sua própria cultura.

A felicidade, mesmo que pessoal, também inclui o outro, não por questões utilitaristas, mas sim por simpatia. Uma pessoa utiliza de razão para se responsabilizar por um dever e também se envolve com interesses dos outros, por notar a sua importância em conseguir participar das realizações, das liberdades do outro⁸³. Então, as pessoas acabam por se responsabilizar (em caráter geral) por impedir violações de direitos. É uma questão de caráter ético universal; é admitir que qualquer pessoa tem condições de fazer algo para impedir violações de direitos⁸⁴.

As questões éticas referentes ao desenvolvimento global e reivindicações estão vinculadas com o reconhecimento de aprimorar as capacidades humanas por meio dos direitos humanos. A crítica ao PIDESC por afirmar direitos de conteúdo sem exequibilidade, e por isso não aplicáveis, não é válida, pois se esta fosse requisito, todos os direitos (inclusive os de liberdades) seriam inaplicáveis, visto a impossibilidade de garantir a liberdade, a vida e a paz de todos. E é por causa do exposto

que se faz ainda mais necessária a ação social.

Tal ideia de justiça preocupada com as injustiças extremas relaciona a fundamentação da expansão das liberdades individuais com o desenvolvimento econômico e social.

As liberdades, em Sen, são diversas; o ser humano as valora conforme a sua condição social, com o juízo da *razão avaliatória*, e a livre condição de agente da pessoa serve para possibilitar o desenvolvimento, a *razão da eficácia*.

Assim, existem liberdades substantivas referentes aos processos de ação e decisão e liberdades substantivas referentes às oportunidades que as pessoas necessitam para realizar o mínimo existencial, são essas as liberdades essenciais para serem consideradas na noção de capacidades. A capacidade é apenas um aspecto da liberdade relacionado com as oportunidades substantivas, a capacidade é a avaliação das vantagens e desvantagens de uma pessoa.

Nesse íterim, a “Teoria da Capacidade”, de Sen, busca a expansão das capacidades das pessoas em levar o tipo de vida que valorizam, que dependem das políticas públicas relativas à prestações positivas de direitos sociais, assim como da participação do povo. A última requer o elemento da liberdade individual (de ação e decisão) relacionado com as oportunidades reais que as pessoas possuem, os quais impactam no processo de desenvolvimento social; uma sociedade é avaliada pelas liberdades substantivas que seus membros gozam⁸⁵.

Para Sen, a liberdade global se subdivide em liberdades instrumentais que possuem cunho político direitos políticos associados à democracia; cunho econômico, relativo às oportunidades para realizar o consumo, produção e trocas; cunho social, como a garantia da vida saudável, sem mortes prematuras, ou a participação política das pessoas por meio da capacidade de se comunicar com os outros indivíduos pelo conhecimento da leitura e de informação; aspectos da garantia de transparência, que é a liberdade de ter relações com garantia de dessegredo e clareza (a busca por segurança de informação, para evitar a corrupção fácil, transações ilícitas); e a segurança protetora, qual seja, a segurança social como

82 SEN, Amartya. *Ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

83 SEN, Amartya. *Ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

84 SEN, Amartya. *Ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

85 Em uma perspectiva coletivista ter mais liberdade aumenta o potencial das pessoas de cuidarem de si mesmas e de influenciarem o próximo, aumentando assim a capacidade do indivíduo de ser “agente” em suas escolhas.

o auxílio fixo ao desemprego, bem como os auxílios a situações emergenciais, como crises coletivas.

Em seguida, a renda influencia as nossas liberdades, ou parte delas. O que se leva em consideração são os bens primários para o exercício de “direitos, liberdades e oportunidades, renda, riqueza e as bases sociais do respeito próprio”⁸⁶, mas não somente os bens para o sustento da vida e sim, ter condições além daquilo que seja considerado decente (para os costumes de um país) que uma pessoa possua. Os *bens primários* são convertidos em *capacidades* de acordo com as características pessoais. A qualidade de vida⁸⁷ se faz presente no modo como as pessoas vivem, não apenas na renda e recursos que elas gozam. O florescimento humano está interligado com a qualidade de vida e as liberdades substantivas, então, os bens são meios de se conseguir as liberdades substantivas (*capacidades*⁸⁸) estruturadas na oportunidade real que o indivíduo tem para promover seus objetivos, ou seja, é visualizar as possibilidades de conversão dos bens primários na capacidade da pessoa promover seus objetivos.

Os funcionamentos são as várias coisas que uma pessoa considera valioso fazer ou ter⁸⁹, daí a capacidade de uma pessoa é o pacote de combinações alternativas de funcionamentos realizáveis por ela. O conjunto capacitatório consiste nos vetores de funcionamento alternativos que as pessoas podem escolher, que refletem nas suas realizações efetivas (funcionamentos realizados). Assim, são importantes as liberdades políticas e os direitos civis básicos para o debate público na formação de valores sociais para a avaliação crítica do processo acima.

O Estado, de acordo com a Teoria da Capacidade, tem a função adicional de auxiliar os grupos com dificuldades a converter os bens primários em capacidades. A capacidade se foca nas oportunidades de satisfazer os fins por meio das liberdades substantivas, o núcleo da sua abordagem é não apenas no que a pessoa faz, mas

86 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

87 Melhor educação e saúde ajudam a auferir rendas mais elevadas, apesar de existirem outras influências na relação entre diferenças dos padrões de vida que incluem disposições sociais comunitárias como cobertura médica (saúde), educação escolar, lei e ordem, prevalência de violência.

88 A palavra capacidade aqui está no sentido de capacidade social, ou seja, capacidade traduzido do inglês *capability*.

89 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

no que ela é capaz de fazer, para realizar os objetivos da agência, como o bem-estar.

A privação de liberdade acarreta privação de capacidades, assim como pode decorrer de estados totalitários (privação de direitos civis e políticos), ausência de oportunidades substantivas de renda, saúde e educação (por exemplo, não ter como saciar a fome), ou econômicas decorrentes de negligências de serviços públicos e assistência social que impedem o aumento das liberdades pessoais. Nesse sentido, o desenvolvimento é a medida da liberdade.

Quando as receitas dos Estados se encontram em déficit orçamentário, devido a dívidas nacionais e outros fatores, não significa que a diminuição daquele seja sanado com ações extremistas de cortes de gastos, pois acarretará em possíveis futuros custos sociais. Tal situação pode ser presenciada atualmente no Brasil (na “era mensalão”), influenciada por motivos políticos, econômicos e na conseqüente descrença dos investidores internacionais (investimentos externos). Portanto, os comedimentos financeiros devem ser utilizados para estabilizar a macroeconomia de forma a manter os objetivos sociais.

Nesse sentido, sob a ótica aristotélica, as riquezas não são medidas pelos bens; estes são apenas um instrumento para algum outro fim. Então, as riquezas materiais propiciam um leque maior de oportunidades de escolhas, maior liberdade; porém, uma referência ao conjunto de riquezas de um Estado, o mero crescimento econômico não é um fim em si mesmo. Ele pode ajudar a conquistar o fim, através de não só elevar as rendas privadas, mas também da realização conjunta de um devido planejamento prévio para melhor oferecer os serviços sociais (por meio da administração pública) e do planejamento o financiamento da seguridade social, todos estes essenciais para o aumento das capacidades humanas.

As expectativas de vida não se elevam, necessariamente, com o crescimento do PNB (Produto Nacional Bruto) *per capita*. Na visão de Amartya Sen, as causas de insegurança econômica podem se dar por ausência de liberdades, como os países que lideram a “liga da fome” são a Coreia do Norte e o Sudão.

Conforme o explicado, para fins lúdicos, com base em dados gráficos⁹⁰, em 1994, Estados como Kerala, na

90 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Com-

Índia, possuíam até então uma população de 30 milhões de habitantes, com renda per capita baixa (mais baixa do que a do Brasil), porém, com excelente qualidade de vida, superando vários países emergentes, inclusive países desenvolvidos, como os EUA, em termos de taxas de sobrevivência. Portanto, não precisa haver uma “espera” de riquezas para que se intervenha em educação básica e sistemas de saúde, mediante programas adequados de serviços sociais.

O que se busca no desenvolvimento econômico é a melhora da vida que se leva, por meio da aplicação dos DESC, em que o fim primordial é a expansão das liberdades. Estas somente podem decorrer de uma contribuição conjunta de direitos, oportunidades e intitamentos (este é “àquilo que a lei garante e apoia”⁹¹). Em termos ilustrativos, gráficos mostram a população negra, de países desenvolvidos (com excelentes taxas de PNB), que possui piores taxas de sobrevivência do que a população de países menos desenvolvidos como a Índia⁹². Do mesmo modo, por uma questão de prevalência da violência, os homens, em Bangladesh, possuem mais chances de viver até depois dos 40 anos do que um afro-americano no distrito do Harlem, Nova York (que, em regra, tende a ter mais condições financeiras).

É um fato que a heterogeneidade de condições influencia no bem-estar. As heterogeneidades pessoais, como as limitações físicas de doenças, idade, sexo e incapacidade podem exigir mais renda de determinada pessoa para se manter do que a média da população; diversidades ambientais, como as circunstâncias climáticas, são desafios para o Estado financeira e tecnicamente (no desenvolvimento de tecnologias); as heterogeneidades sociais, quando se trata da educação ou da prevalência da violência; as diferenças de perspectivas, quando se trata dos costumes⁹³ das comunidades, os

padrões de comportamento que influenciam nas mercadorias; a distribuição de rendas dentro da própria família, pois a renda de um membro influencia todos da família. Todas essas são heterogeneidades que influenciam as liberdades individuais e gerais.

O mecanismo de mercado, nessa discussão, é consequência de um desenvolvimento econômico, pois aquele está atrelado à troca de bens que somente é passível de ser exercida se houver a liberdade para troca, em que as rendas e mercadorias são o mínimo material para a garantia do bem-estar. A arbitrária negação de transições comerciais tem como consequência a negação de oportunidades econômicas, o que não significa que o Estado deva se abster de intervir no controle do mercado financeiro⁹⁴. A eficiência dos mercados deve andar *pari passu* com as liberdades substantivas, para existir a equidade de liberdades substantivas. Os mercados não são livres para fazer o que podem, mas sim, o que lhes é permitido; o interesse dos comerciantes, em regra, é diverso do dos consumidores. De acordo com Smith⁹⁵, não é devido à benevolência do vendedor que conseguimos determinado produto, é devido ao interesse de eles conseguirem realizar seus interesses próprios o qual pode acarretar em grandes violações ao meio ambiente ou impactos sociais negativos. É nesse viés que os governos e os direitos humanos entram para regular o equilíbrio com a atuação do mercado (criando limites).

a manutenção da “pureza da tradição nacional” pode ser uma interpretação reductiva de determinado elemento cultural. Fato é que o pensamento “tolerância ao ceticismo e *heterodoxia religiosa*” são características predominantemente de culturas ocidentais, são noções reducionistas por excluírem, por exemplo, as religiões budistas que respeitam o agnosticismo.

94 O aumento da importância do capital financeiro se traduz no protagonismo econômico e político dos agentes que o representam e no poder que passam a ter de impor seus interesses. Tal processo de financialização tem impacto sobre os direitos humanos, como ocorre com a situação da evasão fiscal, é a perda de contribuições tributárias que poderiam ser revertidas na expansão das operações das empresas e, portanto, na geração de novos empregos ou novas relações comerciais lucrativas. Isso cria enormes dificuldades para os Estados cumprirem com suas obrigações de direitos humanos. Todos os direitos, sejam civis, políticos, sociais, econômicos ou culturais, geram custos. Esses custos exigem fontes de financiamento que os cubram, os recursos vêm da cobrança de impostos. Se a cobrança de impostos é fraca, as possibilidades dos Estados são automaticamente reduzidas. CASTRO, Jose Miguel Camacho. El papel de las instituciones de control financiero sobre los derechos humanos en el contexto latino-americano. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 1, p. 156-168, 2016.

95 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

panhia das Letras, 2010.

91 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

92 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

93 O fator social cultural na busca do desenvolvimento influencia na capacidade de agente do indivíduo em sociedade. Muitas vezes, há um conflito entre a tradição cultural e as vantagens das perspectivas tecnológicas modernas, o que não é uma relação excludente, apesar de relutâncias por parte das autoridades políticas e religiosas, entre outros. Tolher liberdades de participação em prol da defesa de “valores tradicionais” passa por cima da legitimidade das escolhas pessoais, das pessoas serem agentes em suas vidas. Essa questão, baseada no “custo-benefício” da cultura versus a modernização, deve ser decidida por meio de debates públicos democráticos, pois

As distribuições de bens são produtos de várias relações, desde políticas regionais, internacionais por meio de leis, tratados, negociações, guerras, todos sujeitos a críticas possibilitadas pelo diálogo mundial. No momento em que se oferta a democracia e a liberdade política, tem-se, ao mesmo tempo, a chance de aumentar as capacidades dos cidadãos, pois com ela há a oportunidade destes se queixarem das carências econômicas. Nesse ponto, surge a importância da liberdade de expressão, comunicação, discussão para delimitar quais são as necessidades econômicas e, conseqüentemente, pressionar/incentivar as autoridades a escutá-los.

A democracia leva em consideração não apenas as vozes das instituições formais, mas também, primordialmente, as vozes de diversas partes da população. As instituições têm, por um lado, a função de melhorar a justiça, quando analisadas no seu papel social e no comportamento individual, assim como podem ser plataformas relevantes para construir um raciocínio crítico acerca dos valores, aumentando as capacidades para o debate público.

Nesse sentido, há vários movimentos organizados que servem para preencher lacunas na sociedade e que saem do debate na mídia. Essa liberdade promove amplo debate em prol de uma política mais justa, o que exige ativismo por parte dos cidadãos para se engajarem.

Os Direitos Humanos são o raciocínio ético de fundamentação jurídica das políticas comuns a todos, dirigidos a todos os indivíduos que possam ajudar a garanti-los. A liberdade pessoal é digna de ser garantida a quem importa, e, devido à igualdade de liberdade, todos importam.

O essencial para o pluralismo é o elo entre as oportunidades econômicas, a cultura e os direitos, perpassando a liberdade de comunicação, assim como o incremento da educação, para o indivíduo conseguir sua qualificação profissional. Os costumes e valores influenciam nas liberdades: o exercício da liberdade é mediado por valores que, por sua vez, são influenciados por discussões públicas, interações sociais, as quais, por sua vez, são influenciadas pela liberdade de participação.

Por essa ótica, as pessoas têm a responsabilidade de se desenvolver e influenciar na vida do todo. Afinal, os seres humanos são reflexivos e interagem com os outros. Assim, fazem-se necessárias as liberdades substantivas para existir a atribuição de responsabilidades, que são extremamente dependentes de condições sociais,

pessoais e ambientais⁹⁶. Daí a importância da inclusão de direitos de segunda geração nos tratados internacionais de direitos humanos que permitem indicar as questões subjacentes a ideias gerais de desenvolvimento global e democracia deliberativa, ligadas à importância de aprimorar as capacidades humanas⁹⁷. O papel do desenvolvimento econômico é aumentar as oportunidades de levar uma vida livre, complementarmente com o desenvolvimento social, possibilitando, assim, o aumento das capacidades e das responsabilidades.

5. DAS LIBERDADES E DOS DIREITOS SOCIAIS AO MÍNIMO EXISTENCIAL

Convém ressaltar a classificação doutrinária dos direitos em gerações históricas da formação dos estados e de seus ordenamentos jurídicos. Na Idade moderna, segundo Bonavides, com o absolutismo monárquico, o Estado passou a ser visto como inimigo da liberdade, daí surgem os Estados de Direitos ocidentais (Estados Mínimos), que com o formalismo sintetiza as liberdades individuais (direitos de personalidade) e procura acabar com despotismo. No século XVIII, em meio à Revolução Francesa, tem-se a primeira fase do constitucionalismo burguês, a qual incitou o povo para a consciência das liberdades políticas (princípio liberal), da liberdade do homem perante o Estado, e da participação total e indiscriminada deste na formação do Estado (princípio democrático), chegando ao sufrágio universal, assim se tinha a defesa do Princípio da Representação e, até mesmo, a defesa da divisão tripartida de poderes para a limitação da soberania estatal. Daí surgem a classificação dos direitos civis e políticos assegurados em documentos constitucionais americanos e franceses, cuja prioridade era a intervenção mínima do Estado na liberdade do indivíduo — eram direitos de resistência ao ente estatal (liberdade meramente negativa), fundamentados nas teorias de Locke, Montesquieu e Smith.

Acontece que, ao se apoderar do poder político, essa classe já não tinha interesse em manter a universalidade de seus princípios. Além disso, o que faltou levar em consideração eram as conseqüências referentes à liber-

96 SEN, Amartya. *Ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

97 SEN, Amartya. *Ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

dade ética, o conceito de liberdades do liberalismo não calculou o fator econômico e social com a liberdade humana, considerou como se todos fossem dotados de iguais capacidades.

Desse modo, no séc. XX, as classes operárias mostraram resistência, inclusive teórica, às mazelas do capitalismo, por exemplo a corrente marxista mostrou a densidade das deformações do sistema capitalista (a ausência estatal foi sintomática na Revolução Industrial com a concentração de capitais, monopólios, trusts, abusos de liberdade econômica, contratual provocando crises e exigências agressivas dos operários); já Rousseau defendia a criação de um Estado Social dentro do constitucionalismo democrático com a universalização do sufrágio, onde se buscava a mediação da igualdade política com a desigualdade social. O Estado Social é de cunho intervencionista, requer a presença militante do poder político nas esferas sociais, pela impossibilidade em que o indivíduo tem de prover necessidades existenciais mínimas devido à fatores alheios à sua vontade.

Consequentemente, surge a segunda geração de direitos referente à igualdade *lato sensu*, introduzidos no Estado Social (exigindo ações positivas/intervencionistas pelo ente público⁹⁸), como os direitos econômicos, sociais e culturais, e também os coletivos, os quais tinham cunho programáticos.

Por fim, o Estado pós-Social, os direitos de terceira geração são decorrentes do Princípio da Fraternidade, com titularidade transindividual⁹⁹, como o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade; e os de quarta geração, ainda em concretização decorrente da globalização dos direitos fundamentais, são o direito à democracia, à informação, o direito do pluralismo, numa dimensão de máxima universalidade para todos os planos de convivência.

Nesse ínterim, visualiza-se que os direitos do Estado Social estão estritamente relacionados com o segundo aspecto da ausência de liberdades de Amartya Sen, quando afirma que a ausência de liberdades pessoais (e, posteriormente, coletivas) ocorrem pela ausência de oportunidades substantivas ou econômicas decorrentes do descaso estatal à assistência social e serviços, confor-

me o explicado no capítulo anterior.

Assim, com a não prestação estatal positiva, há a limitação de capacidades para o indivíduo, e a consequente redução de oportunidades reais da pessoa conseguir a qualidade de vida para exercer os projetos que almeja, ou seja, o desenvolvimento econômico estagna e haverá um ciclo vicioso de carências de bens materiais básicos que constituem o mínimo existencial. No Estado Pós-Social, as prestações estatais positivas auxiliam a garantir o acesso aos direitos sociais, além de oportunizar melhores condições de realização dos próprios direitos clássicos de liberdade (civis e políticos), já que sem os bens materiais mínimos não há a possibilidade da pessoa participar da vida política ou desenvolver plenamente a sua personalidade — eles são instrumentos para atingir a finalidade que é o bem-estar e a qualidade de vida. As dimensões da liberdade, de Sen, pressupõe a presença do Estado para se concretizarem de maneira a tornar o indivíduo autônomo, e também, para o alcance do desenvolvimento econômico e social em termos plurais.

Em consonância às prestações positivas do Estado para a garantia dos direitos sociais, e direitos civis e políticos, Novais interpreta que as duas “espécies” de direitos dependem de vários tipos de obrigações (positiva direta e indireta ou negativa) estatais. Ao alegar que o judiciário sempre restringe a concessão de direitos sociais (como já visto no segundo capítulo), o autor defende, como Sen, que o Estado precisa da atuação positiva tanto judiciária quanto administrativa para que se garantam tais direitos e se aumentem as possibilidades de exercer os direitos fundamentais de liberdade (civis e políticos).

O mínimo existencial prescinde da atuação positiva e negativa do poder público para com os direitos civis e políticos quando precisa alocar recursos para a segurança pública ou quando oferta a liberdade de crença eximindo as instituições religiosas da coleta de impostos. Assim como tal mínimo prescinde da atuação positiva e negativa do poder público para com os direitos sociais, concedendo educação em escolas públicas ou quando se compromete (como, por exemplo, em tratados internacionais) a não legislar diminuindo o alcance de direitos trabalhistas já positivados (não retrocesso). Além disso, as atuações públicas em qualquer desses grupos influenciam o outro, visto que são indivisíveis, são todos direitos fundamentais. Então, a limitação de direi-

98 BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 2007.

99 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

tos sociais impede o exercício dos direitos de liberdades clássicos. Para Novais, as concessões de direitos sociais em decisões judiciais são influenciadas pelas escolhas políticas de dotação orçamentária.

Na ótica de Sen, as escolhas políticas afetam as alocações de recursos, desde o momento da escolha dos princípios da justiça sob o véu da imparcialidade para a diminuição de injustiças na sociedade, quanto no momento em que se constata a necessidade do aumento de liberdades para o aumento de capacidades. Daí os Estados, as instituições, a sociedade civil — e o homem — como agentes têm a responsabilidade de construir oportunidades reais individuais e coletivas, por meio dos DESC para o aumento de capacidades.

Novais também ressalta a distinção entre reconhecer direitos e garanti-los juridicamente ao se criar condições fáticas ao cidadão que permita o acesso ao bem protegido. Na visão de Sen, cada sociedade tem suas exigências práticas, assim como cada indivíduo tem suas necessidades diferenciadas para alcançar seus objetivos. As capacidades reais dependem das disposições sociais; dentre elas, está a função assistencial pública para a garantia das liberdades e do desenvolvimento coletivo.

Destarte, a liberdade, para Sen, está vinculada não apenas a não intervenção e não coação, mas com oportunidades, cuja base está nos direitos econômicos, sociais, e culturais para os indivíduos terem melhores condições de realizarem seus direitos de liberdade. Assim, Novais e Sen defendem que o mínimo existencial deve ser ampliado para a existência digna do ser humano, noção essa fundamentada na dignidade da pessoa humana e no direito à vida¹⁰⁰ num contexto sociocultural de condições reais, associadas a prestações materiais, considerando o desenvolvimento e disponibilidade do Estado com a evolução cultural e as necessidades individuais (relativas à personalidade, participação e integração comunitária).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se pode observar ao longo deste artigo, o histórico dos tratados internacionais demonstra a con-

seguinte visão da indivisibilidade dos DESC pela Conferência de Teerã, seguida da criação dos mecanismos de controle de tais direitos, os quais determinam aos Estados partes a submissão anual às Comissões de relatórios, com o objetivo de torná-los eficazes.

Por conseguinte, por meio da concepção de Novais, refutam-se as críticas que desconsideram os direitos sociais como direitos fundamentais, cuja superação se dá pela comparação com a aplicabilidade destes com os direitos civis. Assim, faz-se uma delimitação do que é o mínimo existencial, conceito interpretado da forma mais ambiciosa possível, além de se discutir sua implicação nos ordenamentos jurídicos, a fim de promover a dignidade da pessoa humana por meio da plena fruição dos direitos fundamentais e o pleno desenvolvimento da personalidade.

Em seguida, fica demonstrado o papel do desenvolvimento para complementar a discussão da aplicabilidade dos DESC, pela posição de Amartya Sen, onde desenvolvimento é a medida das liberdades. Em a “Teoria da Capacidade”, resta comprovada que a expansão das capacidades das pessoas em levar o tipo de vida que valorizam está relacionada com a quantidade de liberdade que elas possuem, o que depende de vários fatores, inclusive de políticas públicas. Então, o mecanismo de mercado é analisado como consequência de um desenvolvimento econômico, o qual deve se dar juntamente com as liberdades substantivas.

Assim, o objetivo do desenvolvimento econômico é melhorar a vida humana, por meio dos DESC, possibilitando o acesso a bens primários para o exercício de direitos, liberdades e oportunidades, renda, riqueza e as bases sociais do respeito próprio. O último diz respeito ao mínimo progressivo que propicia condições de realizarem as capacidades e as transformarem em funcionamentos e, assim, constituir suas identidades.

A Teoria de Sen é especial para a compreensão das distribuições de bens na sociedade, a partir da construção da posição original, em que o homem, sob o véu da ignorância do contrato social hipotético, escolherá seus princípios básicos ausente de parcialidades, com o fim de evitar os benefícios de classes e objetivos pessoais. A ética, sob a perspectiva de Nyaya, e Niti, justifica o intuito do presente trabalho em fundamentar a relação do desenvolvimento econômico e social com a qualidade de vida e o Direito, por meio das transformações das liberdades em capacidades e em realizações, as quais

100 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Editora Wolters Kluwer Portugal, 2010. p. 195.

necessitam do fator felicidade. Tal fator está ligado à identidade, à escolha de combinações de funcionamentos que as pessoas querem seguir em suas vidas, onde o Estado surge como um facilitador, ou seja, aquele que concede oportunidades de acesso a tais escolhas por meio do diálogo com as mais variadas vozes sociais.

Devido ao discutido, tem-se a importância do cumprimento dos DESC pelos Estados membros na garantia da efetivação dos direitos fundamentais para a promoção do aumento de capacidades humanas, em prol da fruição do bem-estar e dos objetivos individuais e sociais. Desse modo, o PNDH-3, no Brasil, surge para consolidar a promoção de tais direitos os quais são constantemente esquecidos em momentos de crises econômicas e políticas. Nesse ínterim, os movimentos sociais, comunidades indígenas, organizações de direitos humanos e de direito das mulheres, dentre outros grupos, são os agentes mais dispostos a utilizar dos tribunais como instrumentos de mudanças sociais. Mediante a diversidade, resta configurada a universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos em respeito à dignidade da pessoa humana.

Por fim, com a garantia das capacidades, há o aumento de liberdades substantivas e aumento das possibilidades da fruição do bem-estar humano e da qualidade de vida; conseqüentemente, há o desenvolvimento social, através do diálogo público.

Assim, o presente artigo responde à problemática proposta pela utilização da interpretação ampla do mínimo existencial na fundamentação de medidas judiciais que concedam direitos sociais no Brasil, com a finalidade de desmistificar as automáticas negativas de reais ponderações de princípios nos casos práticos do judiciário.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria e direito público: teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

ANDRADE, Diogo de Calasans Melo. Políticas públicas, mínimo existencial e Poder Judiciário: a questão do direito à moradia. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 150-165, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3805>. Acesso em: 22 out. 2018.

BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em direito internacional*. Lisboa: Lex, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 jan. 2018.

BRASIL. *Decreto no 591, de 6 de julho de 1992*. Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 3 nov. 2017.

BRASIL. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992*. Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 7 jan. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 7.030 de 14 de dezembro de 2009*. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 7 jan. 2018.

BRASIL. *Relatório da Sociedade Civil Sobre o Cumprimento, pelo Brasil, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Brasília, 2000. Disponível em: <http://www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/perm/cdh/Pidesc%20-%20Relat%C3%B3rio%20Final.html>. Acesso em: 19 jun. 2017.

CASTRO, Jose Miguel Camacho. El papel de las instituciones de control financiero sobre los derechos humanos en el contexto latino-americano. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 1, p. 156-168, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3967>. Acesso em: 22 out. 2018.

ECOSOC. *Princípio de Limburgo para Implementação do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. 1986. Disponível em: <https://www.escri-net.org/resources/limburg-principles-implementation-international-covenant-economic-social-and-cultural>. Acesso em: 8 jan. 2018.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/2180/>

- Introdução_30_0_Teor ia_dos_Custos.pdf. Acesso em: 8 set. 2018.
- LANGFORD, Malcolm. Judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise sócio jurídica. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 98-133, 2009.
- LIMA, Jayme Benvenuto Jr. *Acesso aos sistemas global e regional de proteção dos direitos humanos*: manual de direitos humanos internacionais. São Paulo: Loyola, 2002. Disponível em: <https://www.uniceub.br/media/181730/Texto4.pdf>. Acesso em: 22 out. 2018.
- LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. O acesso direto dos indivíduos ao Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU. *Universitas Relações Internacionais*, Brasília, v. 11, n. 1, p. 29-38, jan./jun. 2013. Disponível em: www.google.com.br/search?q=O+Acesso+direto+dos+indiv%C3%A9duos+ao+Comit%C3%Aa+de+Direitos+Econ%C3%B4micos%2C+Sociais+e+Culturais+da+ONU&. Acesso em: 22 out. 2018.
- MACHADO, Jónatas E. M. *Direito internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- MARTY, Mireille Delmas. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 46, n. 181, p. 113-139, jan./mar. 2009.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Editora Wolters Kluwer Portugal, 2010.
- OEA/CIDH. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*: 1985-1986. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/annualrep/85.86span/Cap5.htm#I.dificultades encontradas por los organismos de derechos humanos](https://www.cidh.oas.org/annualrep/85.86span/Cap5.htm#I.dificultades%20encontradas%20por%20los%20organismos%20de%20derechos%20humanos). Acesso em: 8 jan. 2018.
- OEA. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*, 1969. CIDH. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 8 jan. 2018.
- ONU. Committee of Human Rights. *General comment n.º17*: Article 24 (Rights of the child). Thirty Fifth session, 1989. HRI/GEN/ 1, Rev.9, v. I, 27 May 2008, p. 276. Disponível em: www.ohchr.org/Documents/HRBodies/TB/HRI-GEN-1-REV-9-VOL-I_en.doc. Acesso em: 7 jan. 2018.
- ONU. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. *General comment n.º3*: The nature of States parties' obligations (art. 2, para. 1, of the Covenant). Report on the Fifth Session, 1990. HRI/GEN/1/Rev.9, v. I, 27 May 2008, p. 276. Disponível em: www.ohchr.org/Documents/HRBodies/TB/HRI-GEN-1-REV-9-VOL-I_en.doc. Acesso em: 7 jan. 2018.
- ONU. *Declaração e Programa de Ação de Viena*: Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, Viena, 1993. CEDIN, p. 22. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1993/Declaracao/de/1993.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2018.
- ONU. *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*. Resolução n.º 2200-A (XXI). Nova York, 1966.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Prestação jurisdicional, dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. *Revista CEJUR / TJSC*, v. 1, n. 1, p. 29-44, 2013.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- SEN, Amartya. *Ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SEN, Amartya. *Identidade e violência: a ilusão do destino*. São Paulo: Iluminuras, 2015.
- TAQUARY, Eneida Orbage. A proteção à pessoa humana: sistema normativo de proteção global geral. *Universitas Jus*, Brasília, v. 25, n. 1, p. 143-151, abr. 2014. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/viewFile/2387/2292>. Acesso em: 22 out. 2018.
- TEREZO, Cristina Figueiredo. *A atuação do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Pará, Belém, 2011.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. v. 1.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Direito das organizações internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**A nova Lei de Migração e a
proteção conferida ao apátrida:
alinhamento brasileiro ao
padrão internacional de direitos
humanos**

**The new Migration Law and
protection granted to stateless
people: brazilian alignment to
international standard of human
rights**

Pedro Henrique de Faria Barbosa

Sylvio Loreto

A nova Lei de Migração e a proteção conferida ao apátrida: alinhamento brasileiro ao padrão internacional de direitos humanos*

The new Migration Law and protection granted to stateless people: brazilian alignment to international standard of human rights

Pedro Henrique de Faria Barbosa**

Sylvio Loreto***

RESUMO

O presente artigo insere-se no campo de estudo dos direitos humanos, enfocando a aplicação deste a respeito da proteção aos apátridas. Seu objetivo principal é a análise do tratamento do tópico no cenário internacional e como o Brasil aborda tal tópico no contexto da nova Lei de Migração, partindo da hipótese de que o país, ao inovar seu ordenamento jurídico, buscou aproximar-se dos padrões internacionais sobre a matéria. Tal análise é desenvolvida por meio de uma abordagem histórico-jurídica da proteção aos apátridas no regime internacional de direitos humanos, principalmente no que se refere à atuação do ACNUR. Em sequência, são feitas considerações sobre a atual configuração da proteção aos apátridas no direito brasileiro com a promulgação da nova Lei de Migração, utilizando como metodologia abordagem indutiva-dedutiva das fontes normativas internacionais sobre o tema em comparação com o direito brasileiro, aplicando o método hermenêutico da interpretação sistemática e teleológica para avaliar a aplicabilidade das inovações legislativas no contexto nacional. Desse estudo resulta a verificação dos desafios para a adequada aplicabilidade dos direitos e garantias previstos aos apátridas no contexto nacional. O estudo aponta para conclusões no sentido da necessidade de maior atenção aos mecanismos de concretização de tais garantias no país.

Palavras-chave: Regime Internacional de Direitos Humanos. Apátridas. ACNUR. Tratados Internacionais. Lei de Migração. Ministério da Justiça.

ABSTRACT

The present article is inserted in the field of study of human rights, focusing in its application in the protection of stateless people issue. Its main objective is to analyze how the topic is treated in the international scenario and how Brazil approaches such topic in the context of the new Migration Law, starting from the hypothesis that the country, by innovating its legal system, sought to approach the international standards in the subject. Such

* Recebido em: 14/11/2018
Aprovado em: 14/12/2018

** Doutorando em Direito do Comércio Internacional Pela Universidade Federal de Pernambuco. Atualmente realiza uma Estada de Investigação como Pesquisador na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra sob o Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior vinculado à CAPES. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Pernambuco. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Membro do Núcleo de Estudo de Política Internacional (NEPI) da UFPE. Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Santa Helena (FSH). Professor de Ciência Política na Faculdade Santa Helena (FSH). E-mail : pedrohfb@hotmail.com

*** Graduação em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1952), Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1954). Atualmente é professor titular da Universidade Federal de Pernambuco. E-mail: sylvioloreto@uol.com.br

analysis is developed through a legal-historical approach of stateless people protection in the international human rights regime, mainly with regard to the performance of the ACNUR. In sequence, considerations are made about the current configuration of stateless people protection within Brazilian's legal system with the promulgation of the new Migration Law, utilizing as methodology an inductive-deductive approach of international normative sources in the subject in comparison to the Brazilian law, applying the hermeneutic method of systematic and teleological interpretation to evaluate the applicability of the legal innovations in the national context. From such study results the verification of the challenges for the adequate application of rights and guarantees predicted in the national context and points toward conclusions in the sense of the need of a greater attention to the mechanisms of achievement of such guarantees in our country.

Keywords: International Human Rights Regime. Stateless People. ACNUR. International Treaties. Migration Law. Justice ministry.

1. INTRODUÇÃO

O direito internacional consagrou, durante muito tempo, a figura do Estado como seu principal sujeito, considerando o atributo da soberania um aspecto central na relação internacional, de modo que demandas internacionais de interesse dos indivíduos cabiam à tutela de seu respectivo Estado Soberano. Com a complexificação do sistema internacional e a consequente evolução do direito internacional, observou-se a consagração de outros sujeitos de direito internacional, notadamente o indivíduo, que passou a poder atuar na esfera internacional sem depender, necessariamente, da tutela Estatal.

Verifica-se, portanto, que há tendência à crescente participação dos indivíduos nos foros internacionais. Tal fenômeno explica-se não apenas por haver hodiernamente uma rediscussão acerca do real escopo do conceito de soberania, bem como quais são as formas com que os Estados podem exercê-la, como também por ser crescente, no cenário internacional, o surgimento de temas nos quais os interesses dos indivíduos e os dos Estados possuem dimensões distintas, às vezes divergentes. Desse modo, é necessário que haja espaço no direito internacional para que o indivíduo possa expressar-se

de maneira direta, livre da intermediação Estatal.

Com a multitude de crises humanitárias, convulsões sociais internas e desastres ambientais, cada vez mais ganha relevo a figura do indivíduo que não conta com a tutela de seu Estado de origem, ou mesmo não possui vínculos diretos com nenhum Estado. Sem dispor da proteção conferida por nenhuma nacionalidade, há enorme preocupação da sociedade internacional em garantir a esse indivíduo a proteção de seus direitos humanos mais básicos.

O tratamento do apátrida, ou heimatlos, é um dos grandes temas de discussão da temática dos direitos humanos. Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu art. 15, já previa que “Todo homem tem direito a uma nacionalidade” e “Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.”¹, porém, a concretização de tais garantias ainda hoje enfrenta grandes dificuldades.

Inicialmente, a definição clara de quais indivíduos são enquadrados na definição de apátrida ainda não é uma questão pacífica na doutrina internacional. Uma das principais fontes utilizada para clarificar tal assunto é a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, que traz, em seu art. 1º, que “para os efeitos da presente Convenção, o termo ‘apátrida’ designará toda pessoa que não seja considerada seu nacional por nenhum Estado, conforme sua legislação”². Com base nesse conceito, uma série de reuniões e documentos internacionais foram elaborados para interpretar o alcance de tal definição.

Há de se distinguir, de mesmo modo, a noção de apátrida de outros cenários de vulnerabilidade do indivíduo no contexto internacional, notadamente a condição de refugiado. Em diversos contextos, há associação entre a figura do apátrida e a do refugiado, inclusive, tendo diversos países instituído órgãos comuns para tratar das duas situações, como o exemplo francês com o *Office Français de Protection des Réfugiés et Apatrides (OFPROA)*, ou mesmo na esfera internacional, onde não raro ocorre associação no tratamento das duas questões, a exemplo

1 DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem de 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2018.

2 BRASIL. *Decreto Nº 4.246, de 2002*. Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas (1954). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/civil_03/decreto/2002/D4246.htm. Acesso em: 15 mar. 2018.

do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), o qual é um dos principais atores internacionais a tratar dos temas de apatridia e refúgio.

Ainda assim, verifica-se que, diferente do refugiado *strictu sensu*, o apátrida encontra-se em uma situação bastante específica, em que não é possível atribuir o elo de nacionalidade com qualquer país, o que muitas vezes contribui para a dificuldade em sua identificação e promoção de seus direitos, sendo tal questão, inclusive, apontada no preâmbulo do Estatuto dos Apátridas que considerou que “[...] a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 28 de julho de 1951 compreende apenas os apátridas que são também refugiados, e que existem muitos apátridas aos quais a referida Convenção não se aplica”. Nesse sentido, aponta Kate Darling:

Estados são o mecanismo almejado por meio do qual indivíduos acessam os direitos conferidos pelos direitos humanos internacionais. Por não terem nenhum Estado obrigado a garantir tais direitos, apátridas podem facilmente ser excluídos do alcance desse corpo legislativo. Em alguns casos, apátridas devem contar inteiramente com o regime jurídico internacional para refugiados para conseguir a proteção dos direitos aos quais eles estão intitulados. Em tais casos, esses indivíduos estão plenamente expostos a qualquer redução nas proteções que tal regime oferece. Mesmo no seu âmbito mais generoso, o regime internacional de proteção aos refugiados requer mais dos apátridas do que dos nacionais que buscam o status de refugiados. (tradução nossa)³

Verifica-se, portanto, que a questão do apátrida não é nada pacífica no direito internacional, dependendo, muitas vezes, da forma com que ela é tratada por cada Estado. Há uma preocupação da sociedade internacional, principalmente expressa na Organização das Nações Unidas (ONU), por meio do ACNUR, em uniformizar, ou ao menos harmonizar, as garantias conferidas ao apátrida nos diversos países, porém, diversas questões internas influenciam a abrangência e efetividade de

tais garantias dentro de cada Estado.

No cenário brasileiro, observa-se que o país lida com uma situação bastante peculiar no que se refere ao regime de direitos humanos e à busca da redução da apatridia, principalmente quando se considera o ordenamento jurídico nacional sob a vigência da hodierna Carta Maior. Com o fim do regime de exceção e a redemocratização, tomando como base sua plena ocorrência com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil passou a inserir-se não apenas em um novo contexto político/jurídico nacional, mas em um contexto internacional bastante diverso daquele experimentado nas décadas anteriores.

A restauração da ordem democrática brasileira foi acompanhada do fim da Guerra Fria e de uma onda de renovação dos organismos internacionais e de adesão a tratados e regimes internacionais, principalmente em temas comuns aos indivíduos e costumeiramente tratados em bases soberanas pelos Estados, podendo ser citados como exemplos temas como meio ambiente, direitos humanos, migrações, entre outros. Nesse diapasão, a reformulação da política nacional e a consequente mudança constitucional brasileira contribuiu para que o país passasse a integrar-se no âmbito internacional a diversos regimes internacionais.

O embaixador Gelson Fonseca Jr. considera que há esforço brasileiro de “renovação de credenciais”⁴, ou seja, de superação da posição soberanista brasileira em certos temas debatidos internacionalmente, notadamente não proliferação, meio ambiente e direitos humanos.

Ao integrar-se a um regime internacional, observa-se que, mais do que uma mera manifestação de vontade soberana do Estado, há um processo de integração a um sistema de tomada de decisões que ultrapassa as barreiras nacionais. Nesse sentido, é notória a conceituação acerca de regimes de Stephen Krasner, que bem os define como “[...] princípios, normas e regras implícitos ou explícitos e procedimentos de tomada de decisões de determinada área das relações internacionais em torno dos quais convergem as expectativas dos atores.”(Tradução nossa)⁵.

3 DARDING, Kate. Protection of stateless persons in international asylum and refugee law. *International Journal of Refugee Law*, oct. 27, 2009. Doi: 10.1093/ijrl/cep024. p. 743. No original: States are the intended mechanism through which individuals access the rights conferred by international human rights law. Having no state obliged to ensure those rights, stateless persons can easily be excluded from the purview of that body of law. In some cases, stateless persons must rely entirely on the international refugee law regime for the protection of the rights to which they are entitled. In such cases, these individuals stand fully exposed to any reduction in the protections that this regime offers. Even at its most generous, the international refugee protection regime requires more of stateless persons than it does of nationals who seek refugee status.

4 FONSECA JR., Gelson. *A legitimidade e outras questões internacionais: poder e ética entre as nações*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1998. p. 355.

5 KRASNER, Stephen D. *Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables in international regimes*. Ithaca: Cornell University Press, 1982. p. 2. No original: [...] sets of implicit or explicit principles, norms, rules, and decision-making procedures

Desse modo, percebe-se que há transbordamento das expectativas acerca do tratamento do Estado sobre determinado tema, não mais se limitando às fronteiras nacionais, o que, necessariamente, passa por uma reinterpretção da noção tradicional de soberania nacional. Portanto, é necessário que ocorra um processo de adaptação do Estado que busque tratar temas em sintonia com elementos de regimes internacionais, de modo a garantir que ele possa, efetivamente, convergir com as expectativas dos demais atores e indivíduos. Quanto maior for a resistência em afastar a mentalidade soberana previamente aplicada, mais sensível é tal processo de convergência.

Debruçando-se, especialmente, sobre um desses regimes internacionais, verifica-se que um dos principais temas sensíveis do ordenamento jurídico brasileiro dizia respeito à proteção aos direitos humanos, especificamente considerando a proteção do apátrida e a redução da apatridia. No âmbito internacional, as principais convenções e tratados sobre o tema foram elaborados na década de 50, mas o Brasil apenas concluiu o processo de internalização destes a partir do período de renovação de credenciais, principalmente a partir dos anos 2000.

Há uma constante preocupação da sociedade internacional sobre a efetiva aplicação de tais normas por parte dos Estados. Nesse sentido, são recorrentes as reuniões de especialistas e a elaboração de manuais, principalmente capitaneados pelo ACNUR, tratando da situação do apátrida, de modo a garantir que a normatização sobre o tema não se limite a meras normas programáticas despidas de um conteúdo prático capaz de proteger tais indivíduos que se encontram em situação de tanta vulnerabilidade jurídica.

Assim, a relação brasileira na promoção dos direitos humanos e, principalmente, na proteção do apátrida e redução da apatridia vem nos últimos anos passando por uma crescente atenção normativa. Exemplo disso no direito constitucional é a presença da prevalência dos direitos humanos como um dos princípios que, expressamente, rege as relações internacionais brasileiras, conforme art. 4º, II da Constituição Federal.⁶

around which actors' expectations converge in a given area of international relations.

6 Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

II - prevalência dos direitos humanos;

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do*

No âmbito infraconstitucional, para além da adesão às convenções internacionais sobre o tema, grandes mudanças no tratamento aos apátridas surgiram com a promulgação da Lei nº 13.445/2017, a nova Lei de Migração, a qual trouxe avanços na codificação da temática, prevendo uma série de garantias específicas ao apátrida e consagrando, inclusive, a possibilidade de utilização de um mecanismo simplificado de naturalização do mesmo no Brasil.

É importante ressaltar, contudo, que a celebração de um tratado ou a publicação de uma lei por si só, ademais de sua importância normativa, muitas vezes não é suficiente para garantir eficácia real a certos direitos e garantias. Desse modo, é necessário observar quais os meios de concretização de tais direitos são empregados no Brasil para garantir que a proteção ao apátrida não se limite a um grupo de normas programáticas despidas de efetividade.

Nesse contexto, o presente artigo busca analisar qual a real dimensão da proteção conferida ao apátrida conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro, tomando por base as mudanças surgidas com a nova Lei de Migração. Para fazer tal análise, parte-se da hipótese de que o país, ao inovar seu ordenamento jurídico, buscou aproximar-se dos padrões internacionais sobre a matéria. Para a verificação de tal hipótese, o artigo é elaborado utilizando como metodologia uma abordagem indutiva-dedutiva das fontes normativas internacionais sobre o tema em comparação com o direito brasileiro, aplicando o método hermenêutico da interpretação sistemática e teleológica para avaliar não apenas a aproximação da legislação brasileira do sistema internacional, mas principalmente qual a aplicabilidade de tais inovações legislativas no contexto nacional.

Para tanto, inicialmente é necessário examinar a evolução do tema na esfera internacional, verificando em que momento o Brasil passou a integrar as principais convenções acerca da proteção dos apátridas. Em sequência, será analisada a nova Lei de Migração, debruçando-se, principalmente, nos novos direitos e garantias previstos aos apátridas no ordenamento jurídico pátrio. Por fim, pretende-se buscar, tomando como escopo o presente momento desse estudo, quais os meios de efetiva concretização desses direitos, inclusive analisando,

Brasil de 1988. Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoocompilado.htm. Acesso em: 15 mar. 2018.

criticamente, se a atuação administrativa de fato permite que o apátrida tenha ferramentas mais céleres para reduzir sua situação de vulnerabilidade.

O direito à nacionalidade é um direito humano previsto desde as primeiras formulações sobre a matéria, sendo um tema recorrente em qualquer discussão internacional que trate de direitos humanos. Ainda assim, há muito de se aprimorar para alcançar-se cenário internacional em que de fato seja possível a todo indivíduo obter uma nacionalidade. No atual contexto internacional de migrações, países de grande relevo como o Brasil devem buscar um constante aprimoramento para o tratamento jurídico da matéria.

2. CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE APÁTRIDAS

Sem alagar-se, excessivamente, no referencial histórico a ponto de traçar as origens romanas no direito das gentes, pode-se considerar que o marco inicial no sistema internacional das discussões da nacionalidade como parte dos direitos humanos é, sem muitas divergências por boa parte da doutrina, a Declaração Universal dos Direitos dos Homens de 1948. Há outras menções, primariamente presentes em normas internas dos Estados, acerca da questão do tratamento de indivíduos sem nacionalidade, bem como que direitos eles poderiam invocar internamente, porém a relevância e enorme amplitude da Declaração Universal trazem à tona a questão dos apátridas no sistema da ONU, a qual vem sendo uma das principais instituições a capitanear a matéria durante todo seu desenvolvimento.

Em dezembro de 1950, foi criado o ACNUR, com sede em Genebra, tendo muitas de suas funções inspiradas no contexto da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951. Já nesse momento inicial da tratativa multilateral da questão do refúgio, ocorreram discussões para incluir, nas atribuições do ACNUR, também a figura do apátrida, discutindo-se, inclusive, a criação de um estatuto dos apátridas, porém, não houve, naquele contexto, acordo para a realização de um protocolo sobre medidas para promover a redução da apatridia. Desse modo, apenas em 1954 o ECOSOC adotou Resolução para convocar uma Conferência de Plenipotenciários com o intuito de regular e melhorar a condição dos apátridas mediante um acordo internacional.

É resultado dessa Conferência a criação da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954, a qual entrou em vigor em 1960 e hodiernamente conta com 88 signatários. O Brasil aprovou o texto da Convenção por meio do Decreto Legislativo no 38, de 5 de abril de 1995, entrando em vigor em 13 de novembro de 1996 e concluiu seu processo de internalização no ordenamento jurídico brasileiro por meio do ato presidencial consubstanciado no Decreto nº 4.246 de 22 de maio de 2002.

Uma das principais contribuições desse tratado, conforme supracitado, foi a definição do termo apátrida presente em seu artigo 1. Tal definição é tão relevante para a temática que a abrangência e real sentido da mesma ainda é discutida hodiernamente. Nesse sentido, a Reunião de Especialistas organizada por parte do escritório do ACNUR em 2010 traz importantes conclusões sobre o tema, quando, interpretando o referido artigo, define que:

3. De acordo com o artigo 1(1) o assunto não depende de o indivíduo ter uma nacionalidade efetiva e sim ter uma nacionalidade de fato. Mesmo que às vezes possa haver uma linha muito tênue entre ser reconhecido como nacional, mas não ser tratado como tal, e diretamente não ser reconhecido como nacional, os dois problemas são conceitualmente distintos. O primeiro problema está relacionado com os direitos inerentes à nacionalidade enquanto o segundo problema está relacionado com o direito à nacionalidade em si.⁷

A análise da existência de reconhecimento factual ou não da nacionalidade é um dos grandes pontos de discussão na questão dos apátridas. Isso porque há um debate bastante relevante sobre a possibilidade de um indivíduo ser considerado apátrida mesmo que não se encontre na situação jurídica expressamente prevista no supracitado artigo 1 do Estatuto dos Apátridas. Surge, portanto, o conceito de apátrida *de facto*, que, em linhas gerais, está ligado à noção da impossibilidade de exercício efetivo dos direitos inerentes à nacionalidade. Ademais, o tema não é pacífico na doutrina internacional, tendo a pluralidade de interpretações desse conceito sido objeto de discussão da referida Reunião de Espe-

7 ACNUR. Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. Reunião de Especialistas. *O conceito de pessoa apátrida segundo o direito internacional*: resumo das conclusões. Prato, Itália: 27-28 maio 2010. p. 2. Disponível em: http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/O_Conceito_de_Pessoa_Apatrida_segundo_o_Direito_Internacional.pdf?view=1. Acesso em: 24 mar. 2018.

cialistas, que trouxe à tona duas noções distintas:

A) Definição de “apátrida de facto”

1. A apatridia de facto tem sido tradicionalmente ligada à noção de nacionalidade efetiva. Alguns participantes consideraram que a nacionalidade de uma pessoa pode não ser efetiva dentro ou fora do país de sua nacionalidade. Por conseguinte, uma pessoa poderia ser apátrida de fato mesmo no país de sua nacionalidade. No entanto, houve um amplo apoio dos outros participantes para a abordagem definida no documento de discussão preparado para a reunião que define um apátrida de facto, com base em uma das principais funções da nacionalidade no direito internacional, a disposição de proteção por um Estado aos seus nacionais no exterior.

2. A definição é a seguinte: os apátridas de facto são pessoas fora de seu país de nacionalidade que devido a motivos válidos não podem ou não estão dispostas a pedir proteção a este país. A proteção, neste sentido, se refere ao direito de proteção diplomática exercida pelo Estado de nacionalidade a fim de corrigir um ato internacionalmente ilícito contra um dos seus nacionais, bem como a proteção diplomática e consular e assistência geral, inclusive com relação ao retorno para o Estado de nacionalidade.⁸

Desse modo, verifica-se que a própria definição de um indivíduo como apátrida passa por uma interpretação muitas vezes difícil de ser realizada por parte das autoridades do Estado onde ele se encontra. Isso porque, conforme mencionado anteriormente, os direitos de nacionalidade em geral são matérias bastante atreladas ao conceito de soberania, de modo que a verificação por um Estado de que um indivíduo deva ser considerado como apátrida pode esbarrar na soberania de outro Estado onde ele inicialmente possuía nacionalidade.

É necessário, portanto, que haja cuidado em não utilizar conceitos amplos ou mesmo indeterminados. Assim, quando se busca definir a figura do apátrida, sempre deve haver preocupação com o cenário concreto e factualmente verificável, que possa servir de balizas para a atuação das autoridades estatais.

Prosseguindo sobre o tema, analisa também a referida reunião que “[...] a maneira pela qual um indivíduo tornou-se um apátrida pode ser relevante para o seu

tratamento após o reconhecimento e para determinar a solução mais adequada.”⁹. É interessante ressaltar o interesse com a maneira pela qual ocorreu a apatridia como questão relevante e que pode auxiliar na solução da situação, inclusive em situações onde naturalmente há mais espaço para interpretações conflituosas, como na figura do apátrida *de facto*.

Há, portanto, uma condição jurídica bastante singular na figura do apátrida, em que, quando possível, deve-se buscar institutos jurídicos num ordenamento jurídico que anteriormente tutelava suas relações pessoais, porém muitas das relações jurídicas terão de ser regidas, numa prática comum do direito internacional, pela lei do local de domicílio ou residência. É o que está definido no artigo 12 do Estatuto dos Apátridas, que dispõe:

Artigo 12

Estatuto Pessoal

1. O estatuto pessoal de todo apátrida será regido pela lei do país de seu domicílio ou, na falta de domicílio, pela lei do país de sua residência.

2. Os direitos anteriormente adquiridos pelo apátrida e que decorrem do estatuto pessoal, notadamente os que resultem do casamento, serão respeitados por todo Estado Contratante, ressalvado, se for o caso, o cumprimento das formalidades previstas pela legislação do referido Estado, desde que, todavia, o direito em causa seja daqueles que seriam reconhecidos pela legislação do referido Estado, se o interessado não se houvesse tornado apátrida.

A preocupação em buscar o país de domicílio como opção inicial para reger o estatuto pessoal do apátrida permite estabelecer um elemento de conexão do indivíduo com algum Estado. Assim, um rol de direitos básicos concedidos a qualquer estrangeiro no país é estendido, também, ao apátrida ao ingressar no território de algum Estado. Busca-se desse modo consagrar um princípio comum do direito internacional. Conforme avalia Jahyr-Philippe Bichara:

Todos esses direitos devem ser concedidos em condições não menos favoráveis do que aquelas asseguradas, nas mesmas circunstâncias, ao estrangeiro em geral ou aos nacionais do Estado de acolhimento. Essa preocupação por parte dos redatores da Convenção em comento tinha como

8 ACNUR. Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. Reunião de Especialistas. *O conceito de pessoa apátrida segundo o direito internacional*: resumo das conclusões. Prato, Itália: 27-28 maio 2010. p. 6-7. Disponível em: http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/O_Conceito_de_Pessoa_Apatrida_segundo_o_Direito_Internacional.pdf?view=1. Acesso em: 24 mar. 2018.

9 ACNUR. Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. Reunião de Especialistas. *O conceito de pessoa apátrida segundo o direito internacional*: resumo das conclusões. Prato, Itália: 27-28 maio 2010. p. 4-5. Disponível em: http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/O_Conceito_de_Pessoa_Apatrida_segundo_o_Direito_Internacional.pdf?view=1. Acesso em: 24 mar. 2018.

propósito não gerar algum tipo de injustiça, ao dar preferência a uma categoria de pessoas mais necessitadas. Para tanto, os direitos fundamentais garantidos no Estatuto do Apátrida estão fixados no princípio da igualdade administrativa entre os componentes da população, seja qual for a sua origem.¹⁰

Ocorre, todavia, que, muitas vezes, o apátrida não possui um domicílio definido. Em verdade, a depender da maneira com que ocorreu a apatridia, é possível que o indivíduo não conte com nenhum documento de identificação pessoal ou elemento tradicional do direito internacional de conexão com algum Estado.

A permeabilidade das fronteiras e a facilidade com que indivíduos mudam de país no contexto internacional atual tornam ainda mais complexa a questão do enquadramento correto do indivíduo que ingressa no território do Estado. Casos em que ocorrem migrações forçadas ou irregulares tornam-se cada vez mais comuns e muitas vezes geram a figura de migrantes indocumentados, aos quais não é possível descobrir sua nacionalidade originária. Mais que isso, muitas vezes a própria migração irregular ocorrida nesse cenário é decorrente da não efetivação de direitos básicos da nacionalidade do indivíduo, nesse sentido, analisou a Reunião de Especialistas:

D) Migrantes Indocumentados

10. Migrantes irregulares que não tem documentos de identidade podem ou não ser capazes ou não querer recorrer à proteção do seu país de nacionalidade. Como norma deveria haver uma solicitação para, e como rejeição a proteção antes de que se possa estabelecer que uma pessoa é apátrida de facto. Por exemplo, o país A pode estabelecer que um indivíduo é um nacional do país B, e pode buscar o retorno do indivíduo para o país B. Se o indivíduo é ou não é um apátrida de facto dependerá da disponibilidade do país B em cooperar no processo de identificação da nacionalidade do indivíduo e/ou permitir o seu regresso. Portanto, uma não cooperação prolongada, na qual o país de nacionalidade não responda aos comunicados do país de acolhida, também pode ser considerada como uma negação da proteção nesse contexto.¹¹

10 BICHARA, Jahyr-Philippe. O tratamento do apátrida na nova lei de migração: entre avanços e retrocessos. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 2, 2017. Doi: 10.5102/rdi.v14i2.4619. p. 244.

11 ACNUR. Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. Reunião de Especialistas. *O conceito de pessoa apátrida segundo o direito internacional*: resumo das conclusões. Prato, Itália: 27-28 maio 2010. p. 8. Disponível em: http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/O_Conceito_de_Pessoa_Apatrida_segundo_o_Direito_Internacional.pdf?view=1. Acesso em: 24 mar. 2018.

Assim, o tratamento do apátrida no cenário atual deve estar bastante próximo das regulamentações de migração. Reconhecer, de maneira célere, e efetiva em que casos os imigrantes irregulares devem enquadrar-se em situações especiais, como refugiados ou apátridas, é uma das principais tarefas das autoridades administrativas de migração e fronteira. Apesar disso, esse trabalho é bastante dificultado pela natural dificuldade em quantificar o real número de migrantes e formular políticas públicas adequadas baseadas nesses números. É o que aponta Beatriz Coutinho, ao analisar o cenário de migrações internacionais nos últimos anos no Brasil, quando diz que:

Precisar dados quantitativos acerca dos imigrantes presentes no território brasileiro, assim como suas trajetórias migratórias e suas motivações em transladar-se é tarefa árdua, uma vez que grande parte desses indivíduos está sob o status jurisdicional de clandestino e deixa de responder as pesquisas censitárias.¹²

Não é fácil promover uma adequada proteção ao apátrida, ainda mais considerando as dificuldades hodiernas decorrentes do cenário internacional mencionadas. Ainda assim, verifica-se que um dos mecanismos mais efetivos de solução da situação de apatridia é a promoção de meios facilitados de naturalização desses indivíduos. Conforme aponta o Estatuto do Apátrida:

Artigo 32

Naturalização

Os Estados Contratantes facilitarão, na medida do possível, a assimilação e a naturalização dos apátridas. Esforçar-se-ão notadamente para acelerar o processo de naturalização e reduzir, na medida do possível, as taxas e despesas desse processo.

A preocupação em criar institutos que facilitem a redução dos casos de apatridia foi além das previsões contidas no Estatuto do Apátrida. Tratando, especificamente, sobre o tema, no bojo das discussões promovidas pelas Nações Unidas, foi elaborada a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia, firmada em Nova Iorque, em 30 de agosto de 1961. O Brasil aprovou o texto da Convenção por meio do Decreto Legislativo nº 274, de 4 de outubro de 2007, entrando em vigor em 23 de janeiro de 2008, e concluiu seu processo de internalização no ordenamento jurídico brasileiro por meio do ato presidencial consubstanciado no Decreto nº 8.501 de 18 de agosto de 2015.

12 COUTINHO, Beatriz Isola. Migração internacional e integração regional: diálogos entre o MERCOSUL e a UNASUL. *Cader- nos de Campo: Revista de Ciências Sociais*, Araraquara. n. 17, 2013. p. 61.

A Convenção traz, já em seu primeiro artigo, o comprometimento dos Estados contratantes em oferecer sua nacionalidade a qualquer apátrida, descrevendo um rol amplo de cenários em que não é possível definir a nacionalidade originária do indivíduo, nesse sentido, dispõe que:

Artigo 1.

4. Todo Estado Contratante concederá sua nacionalidade a qualquer pessoa que do contrário seja apátrida e que não pôde adquirir a nacionalidade do Estado Contratante em cujo território tiver nascido por ter passado da idade estabelecida para a apresentação de seu requerimento ou por não preencher os requisitos de residência exigidos se no momento do nascimento do interessado um de seus pais possuía a nacionalidade do Estado Contratante inicialmente mencionado. Se seus pais não possuíam a mesma nacionalidade no momento de seu nascimento, a legislação do Estado Contratante cuja nacionalidade estiver sendo solicitada determinará se prevalecerá a condição do pai ou da mãe. Caso seja necessário requerimento para tal nacionalidade, tal requerimento deverá ser apresentado à autoridade competente pelo interessado ou em seu nome, conforme prescrito pela legislação do Estado Contratante. Nos termos do disposto no parágrafo 5 do presente Artigo, nenhum requerimento poderá ser indeferido.¹³

Ressalta-se, assim, a importância da concessão de nacionalidade como principal meio para reduzir os casos de apatridia. Busca-se com isso garantir que os Estados assumam compromissos internacionais que estimulem a proteção a tais indivíduos tão vulneráveis. É sabido que a escolha de concessão de nacionalidade é um ato soberano do Estado, contudo garantir o direito à nacionalidade é uma garantia das mais importantes no rol de direitos humanos.

Por incluir-se no rol de tais direitos, a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia ressalta, em seu artigo 9, que “Os Estados Contratantes não poderão privar qualquer pessoa ou grupo de pessoas de sua nacionalidade por motivos raciais, étnicos, religiosos ou políticos”. Essa previsão coaduna-se com a ideia do direito à nacionalidade como algo inerente a qualquer indivíduo, independentemente de suas condições particulares. Os ordenamentos jurídicos nacionais devem sempre se pautar por tal norma para garantir que não haja um seletivismo que apenas prejudica o apátrida.

13 BRASIL. *Decreto N° 8.501, de 2015*. Convenção Para a Redução dos Casos de Apatridia (1961). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8501.htm. Acesso em: 15 mar. 2018.

Para além da importância das supramencionadas Convenções como fundamento jurídico internacional para a proteção e redução dos casos de apatridia, é sabido que boa parte das garantias aos apátridas dependem do tratamento que estes recebem dentro dos Estados. Reconhecendo esse fato, a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia reconhece a aplicabilidade plena de legislações nacionais, ou mesmo acordos internacionais bilaterais, quando mais benéficas ao apátrida, ao afirmar que:

Artigo 13

Nenhuma disposição da presente Convenção será interpretada de modo a restringir a aplicação de disposições mais favoráveis relativas à redução da apatridia por ventura existentes na legislação nacional que esteja em vigor ou que entre em vigor em qualquer Estado Contratante, ou que constem de qualquer outra convenção, tratado ou acordo que esteja em vigor ou que entre em vigor entre dois ou mais Estados Contratantes.

Desse modo, é necessário dar especial atenção ao tratamento legislativo que cada Estado dá ao apátrida, sempre tomando por base as referidas convenções internacionais. No contexto brasileiro, o país recentemente passou por uma grande atualização no tratamento da matéria, mudança essa que, apesar de apontar para uma evolução na proteção da figura do apátrida, traz à tona importantes discussões sobre mecanismos para a concretização de certos direitos.

3. O APÁTRIDA E A NOVA LEI DE MIGRAÇÃO

A Lei n° 13.445, de 24 de maio de 2018, instituiu a nova Lei de Migração. Atualização legislativa há muito necessária, sua promulgação revogou a Lei n° 818/49, que regulava a aquisição, perda e re aquisição da nacionalidade e as perdas dos direitos políticos e a Lei n° 6.815/80, que tratava da condição jurídica do estrangeiro, denominada Estatuto do Estrangeiro.

Inicialmente, foi de grande importância o surgimento de uma nova legislação sobre a temática dentro do contexto da nova realidade constitucional e de tratamento dos direitos humanos no Brasil, inclusive buscando superar o argumento de que o Estatuto do Estrangeiro teria sido formulado contendo um caráter demasiado soberanista e mesmo autoritário. Além disso, a nova legislação busca acompanhar mais de perto os padrões internacionais de proteção aos apátridas consagrados nas evoluções das últimas décadas acerca do tema.

Logo em seu artigo 1º, a Lei de Migração traz uma série de definições pertinentes a sua temática. Além de trazer a definição de apátrida em consonância ao previsto no Estatuto dos apátridas, é salutar observar que a legislação, quando vai descrever a figura do imigrante e do visitante, reconhece que os mesmos podem não apenas ser nacionais de outros Estados, mas também apátridas. Nesse sentido, dispõe a Lei de Migração:

Art. 1 Esta Lei dispõe sobre os direitos e os deveres do migrante e do visitante, regula a sua entrada e estada no País e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante.

§ 1º Para os fins desta Lei, considera-se:

II – imigrante: pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil;

V – visitante: pessoa nacional de outro país ou apátrida que vem ao Brasil para estadas de curta duração, sem pretensão de se estabelecer temporária ou definitivamente no território nacional;

VI – apátrida: pessoa que não seja considerada como nacional por nenhum Estado, segundo a sua legislação, nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, promulgada pelo Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002, ou assim reconhecida pelo Estado brasileiro.¹⁴

Essas previsões confirmam que a Lei de Migração foi formulada no sentido de assegurar que o apátrida conte, no mínimo, quando não contar com direitos especiais mais benéficos a este, com o mesmo tratamento ao estrangeiro nacional de outro Estado que ingresse no país, conteúdo este que é reproduzido em todo curso da Lei. É possível encontrar exemplo de tal situação em que há um tratamento, mas benéfico na situação presente no Capítulo V¹⁵, que trata das medidas de retirada

14 BRASIL. *Lei nº 13.445/2017*. Institui a Lei de Migração. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 15 mar. 2018.

15 CAPÍTULO V

DAS MEDIDAS DE RETIRADA COMPULSÓRIA

Seção I

Disposições Gerais

Art. 46. A aplicação deste Capítulo observará o disposto na Lei no 9.474, de 22 de julho de 1997, e nas disposições legais, tratados, instrumentos e mecanismos que tratam da proteção aos apátridas ou de outras situações humanitárias.

[...]

Seção III

Da Deportação

Art. 52. Em se tratando de apátrida, o procedimento de deportação dependerá de prévia autorização da autoridade competente.

compulsória. Determina-se, em tal capítulo, que, num cenário de retirada compulsória, sejam observados os regulamentos pertinentes de proteção ao apátrida, bem como sua eventual deportação apenas ocorra quando autorizada por autoridade competente.

Outra situação de grande importância ao apátrida, assim como ao refugiado ou outro indivíduo em situação de vulnerabilidade, é a previsão, quando dispõe sobre o visto temporário, da possibilidade de requerimento de um visto temporário para acolhida humanitária, o que permite ao apátrida ou estrangeiro estabelecer residência por tempo determinado no Brasil, conforme presente na Lei de Migração, em seu artigo 14, alínea c, parágrafo terceiro¹⁶. O mecanismo de obtenção desse visto deve ser condizente com a necessidade de celeridade que muitas vezes ocorre para tais indivíduos.

Mas do que a concessão da residência por tempo determinado decorrente da acolhida humanitária, a Lei de Migração previu, também, em seu artigo 30¹⁷, uma situação especial para concessão de autorização de residência ao refugiado, asilado ou apátrida, o que se coaduna com as previsões internacionais das Convenções que tratam da situação de apatridia.

Tal cenário foi devidamente regulamentado com a publicação da Portaria Interministerial MJ/MESP nº 3, de 27 de fevereiro de 2018, que dispõe sobre os proce-

16 Subseção IV

Do Visto Temporário

Art. 14. O visto temporário poderá ser concedido ao imigrante que venha ao Brasil com o intuito de estabelecer residência por tempo determinado e que se enquadre em pelo menos uma das seguintes hipóteses:

c) acolhida humanitária;

§ 3o O visto temporário para acolhida humanitária poderá ser concedido ao apátrida ou ao nacional de qualquer país em situação de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de desastre ambiental ou de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário, ou em outras hipóteses, na forma de regulamento.

17 Seção IV

Da Autorização de Residência

Art. 30. A residência poderá ser autorizada, mediante registro, ao imigrante, ao residente fronteiro ou ao visitante que se enquadre em uma das seguintes hipóteses:

II – a pessoa:

e) seja beneficiária de refúgio, de asilo ou de proteção ao apátrida;

f) seja menor nacional de outro país ou apátrida, desacompanhado ou abandonado, que se encontre nas fronteiras brasileiras ou em território nacional;

§ 4o O solicitante de refúgio, de asilo ou de proteção ao apátrida fará jus a autorização provisória de residência até a obtenção de resposta ao seu pedido.

dimentos a serem adotados em relação à tramitação dos requerimentos de autorização de residência, registro e emissão da Carteira de Registro Nacional Migratório, específica a documentação necessária para instrução dos pedidos e define o procedimento de registro de autorizações de residência concedidas a refugiados, apátridas e asilados. Tais requerimentos, nos termos do art. 2º da Portaria “[...]deverão ser apresentados à Polícia Federal, acompanhados de documentação correspondente ao procedimento solicitado[...]”¹⁸.

Quando feita uma análise dos mecanismos acima citados em comparação às tratativas do tema perante o sistema internacional, verifica-se que há maior aproximação do ordenamento jurídico brasileiro dos padrões internacionais na matéria. A própria designação expressa da figura do apátrida na Lei de Migração é uma importante evolução no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, com a inserção de uma definição que deixa de ser apenas um conceito empregado por parte da doutrina e nos acordos internacionais e passa a ser juridicamente prevista na legislação interna, garante-se que possa haver maior conhecimento por parte da sociedade brasileira acerca da figura do apátrida e, aspecto ainda mais importante, maior proteção conferida a tais indivíduos.

Sem menosprezar a relevância dessa nova previsão expressa do apátrida na Lei de Migração e de todas esses direitos e garantias conferidos a ele e a outros indivíduos em situação de vulnerabilidade supramencionados, sem dúvidas o ponto central que apresenta quais as novas diretivas do Estado brasileiro para o tratamento do apátrida na Lei de Migração está presente na Seção II do Capítulo III da Lei, a qual trata da proteção do apátrida e da redução da apatridia. Tão importante é o artigo 26 e seus parágrafos para a temática que cabe colacioná-lo por inteiro para que seja possível realizar uma observação em sua íntegra, conforme é feito a seguir:

Seção II

18 BRASIL. Ministério da Justiça; Ministério Extraordinário da Segurança Pública. *Portaria Interministerial MJ/MESP nº 3*. Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados em relação à tramitação dos requerimentos de autorização de residência, registro e emissão da Carteira de Registro Nacional Migratório, específica a documentação necessária para instrução dos pedidos e define o procedimento de registro de autorizações de residência concedidas a refugiados, apátridas e asilados. Brasília: MJ: MESP, 27 fev. 2018. Disponível em: <https://sistemas.mre.gov.br/kitweb/datafiles/Copenhague/en-us/file/Portaria%2003-2018%20vitem%20xi%20reuniao%20familiar.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2018.

Da Proteção do Apátrida e da Redução da Apatridia

Art. 26. Regulamento disporá sobre instituto protetivo especial do apátrida, consolidado em processo simplificado de naturalização.

§ 1º O processo de que trata o caput será iniciado tão logo seja reconhecida a situação de apatridia.

§ 2º Durante a tramitação do processo de reconhecimento da condição de apátrida, incidem todas as garantias e mecanismos protetivos e de facilitação da inclusão social relativos à Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954, promulgada pelo Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002, à Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, promulgada pelo Decreto no 50.215, de 28 de janeiro de 1961, e à Lei no 9.474, de 22 de julho de 1997.

§ 3º Aplicam-se ao apátrida residente todos os direitos atribuídos ao migrante relacionados no art. 4º.

§ 4º O reconhecimento da condição de apátrida assegura os direitos e garantias previstos na Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, promulgada pelo Decreto no 4.246, de 22 de maio de 2002, bem como outros direitos e garantias reconhecidos pelo Brasil.

§ 5º O processo de reconhecimento da condição de apátrida tem como objetivo verificar se o solicitante é considerado nacional pela legislação de algum Estado e poderá considerar informações, documentos e declarações prestadas pelo próprio solicitante e por órgãos e organismos nacionais e internacionais.

§ 6º Reconhecida a condição de apátrida, nos termos do inciso VI do § 1º do art. 1º, o solicitante será consultado sobre o desejo de adquirir a nacionalidade brasileira.

§ 7º Caso o apátrida opte pela naturalização, a decisão sobre o reconhecimento será encaminhada ao órgão competente do Poder Executivo para publicação dos atos necessários à efetivação da naturalização no prazo de 30 (trinta) dias, observado o art. 65.

§ 8º O apátrida reconhecido que não opte pela naturalização imediata terá a autorização de residência outorgada em caráter definitivo.

§ 9º Caberá recurso contra decisão negativa de reconhecimento da condição de apátrida.

§ 10. Subsistindo a denegação do reconhecimento da condição de apátrida, é vedada a devolução do indivíduo para país onde sua vida, integridade pessoal ou liberdade estejam em risco.

§ 11. Será reconhecido o direito de reunião familiar a partir do reconhecimento da condição de apátrida.

§ 12. Implica perda da proteção conferida por esta Lei:

I – a renúncia;

II – a prova da falsidade dos fundamentos invocados para o reconhecimento da condição de apátrida; ou

III – a existência de fatos que, se fossem conhecidos por ocasião do reconhecimento, teriam ensejado decisão negativa.

Dois grandes mecanismos de proteção ao apátrida surgem de tal artigo: o processo de reconhecimento da condição de apátrida e o processo de naturalização simplificada do apátrida. Conforme analisado anteriormente, tais mecanismos coadunam-se diretamente com as convenções internacionais sobre os apátridas. Inicialmente, com o processo de reconhecimento, atende-se à necessidade de um procedimento célere e que conceda de plano, nos termos do art. 26, §2º da Lei de Migração, todas as garantias necessárias para enquadrar o indivíduo na condição de apátrida. Ressalte-se que a Lei prevê, expressamente, que, durante esse trâmite, ele goza de todas as garantias previstas no Estatuto dos Apátridas e no Estatuto dos Refugiados e seus mecanismos de implementação.

Mais que isso, conforme consta no Estatuto dos Apátridas e na Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia, a naturalização é o meio mais efetivo para reduzir a apatridia, de modo que a criação de um mecanismo simplificado para que o apátrida a obtenha é um importante passo para o ordenamento jurídico brasileiro na matéria, acompanhando a perspectiva internacional dos direitos humanos, sendo, inclusive, temática reiterada nas reuniões do ACNUR.

A naturalização deve ser uma decisão exclusiva do indivíduo, conforme mencionado no art. 26, §6º da Lei de Migração, porém, mesmo no caso de escolha negativa, devem ser conferidas garantias especiais ao apátrida. Por esse motivo, a legislação prevê que, mesmo que opte pela não naturalização, o apátrida obterá a autorização de permanência definitiva no território brasileiro, nos termos de seu art. 26, §8º.

Por fim, para além de todos esses direitos, a Lei de Migração, em seu art. 26, §11, lembra de ressaltar a garantia do direito de reunião familiar do apátrida, o que não poderia ser diferente, uma vez que muitas vezes os núcleos familiares dessas pessoas são fragmentados ainda em seus Estados de origem, de modo que garantir a reunião familiar é medida importante para amenizar um pouco mais a imensa vulnerabilidade de tal indivíduo.

Reunir famílias, inclusive garantindo aos demais

membros destas a possibilidade de naturalização em situações de apatridia, comprovou-se como um dos principais mecanismos para assegurar a inclusão e socialização do indivíduo em seu novo contexto nacional. Não por acaso, diversas Organizações Não Governamentais (ONGs) dedicam-se, exclusivamente, a assegurar os procedimentos de reunião familiar de indivíduos em situações de vulnerabilidade, como é o caso do apátrida, sendo um importante passo do governo brasileiro trazer tal previsão expressa em sua legislação nacional.

Apesar de todos esses importantes avanços supra-mencionados, inicialmente houve duras críticas por parte da doutrina à Lei de Migração, especificamente na seção da proteção ao apátrida e da redução da apatridia. Isso porque o texto legislativo não definiu, de forma clara, os trâmites administrativos para a concretude de tais direitos, bem como não mencionou quais órgãos seriam os responsáveis por medidas de tanta importância. Nesse sentido, assinalou Jahyr-Philippe Bichara, considerando o conteúdo da Lei quando da sua promulgação:

[...] mantém-se o vazio jurídico em relação ao órgão responsável pelos apátridas, na legislação atual, constituindo-se um significativo retrocesso em relação ao Anteprojeto, pois, por meio do art. 26, caput, e seu subsequente § 1º, a Lei de Migração explicitou os meios administrativos de proteção do apátrida que deverão ser prestados pelo Estado brasileiro, coincidentes, inclusive, com o art. 25 do antigo Anteprojeto, mas sem explicar qual instância seria responsável por fazê-lo, tornando todo o resto, então, irrelevante, na medida em que não oferece nenhum caráter prático para o apátrida que precisa de proteção e, ao chegar no Brasil, deve procurar o órgão responsável pela sua condição.¹⁹

De fato, não adianta uma formulação normativa que conceda uma série de benefícios ao indivíduo se ela não é acompanhada de mecanismos claros e acessíveis para sua execução. Insere-se, desse modo, na situação em que a norma criada para assegurar direitos humanos essenciais ao indivíduo não passa de uma positivação figurativa, permanecendo alheia à realidade dos fatos.

Tais questões apenas começaram a ser aclaradas com base na publicação da Portaria Interministerial MJ/MESP nº 5, de 27 de fevereiro de 2018, que dispõe sobre o procedimento de reconhecimento da condição de apatridia e da naturalização facilitada dela decorrente. Tal portaria simplifica diversos procedimentos da nova

19 BICHARA, Jahyr-Philippe. O tratamento do apátrida na nova lei de migração: entre avanços e retrocessos. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 2, 2017. Doi: 10.5102/rdi.v14i2.4619. p. 248.

Lei de Migração. Dessa forma, ficam definidos quais são os documentos e as medidas necessárias, bem como perante quais órgãos da administração pública ocorrem os distintos trâmites para a regularização migratória de refugiados, apátridas e asilados no Brasil.

A portaria detalha o processo de reconhecimento, que é iniciado por solicitação do interessado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública ou à Polícia Federal. Para além das garantias mencionadas anteriormente do art. 26, §2º da Lei de Migração, durante a tramitação do processo, o solicitante tem direito a todas as garantias e mecanismos de proteção e de facilitação da inclusão social, como documento de identidade, acesso à educação e aos serviços de saúde. Nesse sentido, dispõe a referida portaria que:

CAPÍTULO II

DO PROCEDIMENTO DE RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO DE APATRIDIA

Art. 3º O requerimento de reconhecimento da condição de apatridia, previsto no Anexo I, será endereçado ao Ministério da Justiça, devendo ser apresentado em uma das unidades da Polícia Federal.

§1º O solicitante de reconhecimento de condição de apatridia será submetido a processo de identificação civil, inclusive por registro fotográfico e coleta de impressões digitais.

§2º Quando o solicitante do reconhecimento da condição de apatridia for também solicitante de refúgio, será registrada essa informação no formulário dirigido ao Comitê Nacional para os Refugiados - CONARE, nos termos do procedimento previsto na Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, sem prejuízo da análise da apatridia pelo Departamento de Migrações da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça.²⁰

Outra medida publicada na portaria diz respeito à naturalização simplificada decorrente do mencionado reconhecimento da condição de apátrida. Após reconhecida sua condição, caso o beneficiário opte pela naturalização brasileira, o Ministério da Justiça publicará, no prazo de 30 dias, portaria de instauração de processo simplificado de naturalização com os atos necessários à

sua efetivação. O solicitante deverá comprovar residência em território nacional pelo prazo mínimo de dois anos, dentre outros requisitos. Nos termos da Portaria Interministerial nº 5:

CAPÍTULO IV

DA NATURALIZAÇÃO

Art. 16. Aquele que tiver reconhecida sua condição de apatridia poderá requerer a naturalização ordinária, desde que:

I - seja civilmente capaz, segundo a lei brasileira;

II - tenha residência, no mínimo, há dois anos em território nacional, observado o disposto no parágrafo único do art. 99 e no art. 221, do Decreto nº 9.199, de 2017;

III - inexistir condenação penal ou haja comprovação de reabilitação, nos termos da legislação vigente; e

IV - tenha capacidade de se comunicar em língua portuguesa, consideradas suas condições, comprovada por meio do Certificado de Proficiência em Língua Portuguesa (Celpe-Bras), emitido pelo Ministério da Educação, independente do nível alcançado.

É assegurado ao solicitante dessa condição a residência provisória, cuja autorização tem seu trâmite na Polícia Federal, o que torna o processo mais célere e simplificado para o imigrante. A decisão sobre o pedido fica delegada ao secretário nacional de Justiça do Ministério da Justiça. Os imigrantes que não têm recursos para custear a regularização migratória poderão declarar condição de hipossuficiência econômica que os isentará de taxas e de pagamentos de multas. De acordo com a portaria, a condição de hipossuficiência econômica poderá ser justificada em razão da ausência de renda ou então adequação do perfil de renda familiar de até meio salário mínimo per capita ou total de até três salários mínimos.

Assim, verifica-se que os direitos previstos no art. 26 da Lei de Migração não permaneceram em um vazio jurídico, despidos de aplicabilidade. Mesmo a data de promulgação da referida portaria, poucos meses após o início da vigência da Lei de Migração, apontam para um esforço real por parte da Administração brasileira em assegurar que as novas garantias aos apátridas possam funcionar e que o país acompanhe as evoluções da temática presentes no sistema internacional.

Ainda há muito que se aprimorar na proteção que o Brasil confere aos apátridas, porém, sem dúvidas é possível observar evoluções decorrentes da promulgação

20 BRASIL. Ministério da Justiça; Ministério Extraordinário da Segurança Pública. *Portaria Interministerial MJ/MESP nº 5*. Dispõe sobre o procedimento de reconhecimento da condição de apatridia e da naturalização facilitada dela decorrente. Brasília: MJ: MESP, 27 fev. 2018. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2018/11593>. Acesso em: 22 mar. 2018.

da Lei de Migração, principalmente por aproximar mais o ordenamento jurídico das garantias que a sociedade internacional busca assegurar na matéria. Sobre o tema, analisa Jahyr-Philippe Bichara:

De qualquer forma, ao reconhecer a figura do apátrida, mesmo que de forma limitada na Lei de Migração, o Estado brasileiro admite a sua obrigação de assegurar direitos mínimos de tais indivíduos. Destarte, a Lei prevê que à pessoa que requerer o status de apátrida seja garantido o direito de residir no Brasil até a obtenção da resposta ao seu pedido. Nesse aspecto, reconhece-se um avanço significativo do direito interno. Acrescenta-se ainda que a Lei alinha-se ao standard internacional no que concerne à facilitação de aquisição de nacionalidade do país de acolhimento.²¹

Exemplo disso é o tratamento acerca da matéria que vem sendo consolidado no ordenamento jurídico brasileiro com iniciativas tais quais as portarias ministeriais supramencionadas. Não por acaso, também, em junho de 2018, poucos meses após o início da vigência da Lei de Migração e da publicação das referidas Portarias Interministeriais, o Brasil, pela primeira vez, reconheceu a condição de apátrida a dois indivíduos, marco histórico que serve de sinal claro de que há real funcionamento da nova normatização da proteção ao apátrida. Ainda é cedo para definir se tal exemplo é um caso isolado ou a indicação de uma nova tendência da abordagem do Brasil no tema, bem como para mensurar o grau de abrangência e efetividade dos direitos previstos na Lei de Migração, porém, sem dúvidas, passos importantes foram tomados no sentido de proteger a figura do indivíduo apátrida.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A superação da atribuição do Estado como figura única do sistema internacional consagrou a presença do indivíduo como sujeito de direito internacional. A crescente importância deste no cenário internacional foi acompanhada, também, da verificação da necessidade de ações de proteção aos apátridas, indivíduo que não conta com a tutela de seu Estado de origem, ou mesmo não possui vínculo direto com nenhum Estado.

Sem dispor da proteção de nenhuma nacionalidade,

surgiu a preocupação da sociedade internacional em garantir a tal indivíduo a proteção aos mais básicos direitos humanos. Com a preocupação cada vez maior da sociedade internacional com cenários de crises humanitárias, convulsões sociais internas e desastres ambientais, tornam-se de grande importância temas nos quais os interesses dos indivíduos e dos Estados possuem dimensões distintas, por vezes divergentes. É exemplo disso o atual estágio da proteção ao apátrida, principalmente de indivíduos que perdem suas nacionalidades originárias.

Desse modo, as mudanças no cenário internacional do pós-guerra e a crescente internacionalização de diversos temas tradicionalmente exclusivos dos direitos internos, ainda em uma lógica soberana, contribuiu para que os direitos humanos, especialmente os temas de proteção dos apátridas, tornassem-se cada vez mais relevantes. É certo que a proteção conferida ao apátrida já se faz presente no cenário internacional não apenas no campo da abstração, porém, considerar que há consolidação plena de tais direitos ainda é uma afirmação prematura.

Conclui-se, nesse sentido, que é possível observar que a temática do tratamento dos apátridas não se limitou ao momento histórico de elaboração de convenções internacionais de proteção ao apátrida, tendo sido dado prosseguimento às discussões sobre o tema por parte da sociedade internacional, inclusive, com uma constante preocupação em aprimorar a definição de certos conceitos vagos e buscar que a interpretação que os países confirmam a certos direitos e garantias sejam condizentes com os standards internacionais. A atuação internacional na temática é sem dúvida capitaneada por parte da ONU, por meio de seu ACNUR, contudo, é importante recordar que a maior inserção do indivíduo como sujeito de direito internacional foi essencial para a evolução da temática.

Quando há a transposição da normatização internacional para sua similitude com o ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que foi dado importante passo nesse sentido com a promulgação da Lei de Migração. A atenção especial da referida Lei com o processo de reconhecimento da condição de apátrida e seu processo simplificado de naturalização, consolidados com a publicação da Portaria Interministerial nº 5 regulando-os, é um importante indicativo da consolidação do ordenamento jurídico brasileiro na proteção do apátrida e

21 BICHARA, Jahyr-Philippe. O tratamento do apátrida na nova lei de migração: entre avanços e retrocessos. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 2, 2017. Doi: 10.5102/rdi.v14i2.4619. p. 242-243.

redução dos Casos de apatridia. Sem dúvida são cabíveis críticas às referidas normativas e o Brasil ainda está em uma fase inicial de harmonização de sua legislação aos standards internacionais, porém, conforme foi verificado no curso do presente trabalho, as leis que surgiram recentemente não permaneceram como conceitos jurídicos vagos e sem aplicabilidade, tendo sido tomadas iniciativas reais para garantir sua aplicabilidade.

Demonstra-se, portanto, que o Brasil vem desempenhando esforço tangível para superar posições soberanistas e de desconfiança com a aplicação internacional dos direitos humanos que porventura estiveram presentes em períodos pretéritos do país. É certo que a vigência da Lei de Migração iniciou-se em período bastante recente e ainda há muito que se aprimorar na aplicação da mesma no ordenamento jurídico nacional, porém, é possível que sejam verificados esforços concretos em garantir ao indivíduo que não conta com nenhuma nacionalidade mecanismos céleres e humanitários para assegurar que não apenas ele tenha direitos fundamentais básicos assegurados, mas também possa contar com a proteção do direito da nacionalidade brasileira. Fruto desses esforços, inclusive, podem ser constatados factualmente com os recentes casos de reconhecimento de indivíduos como apátridas, marco histórico na tratativa do tema por parte do ordenamento brasileiro.

O papel do indivíduo no sistema internacional é, cada vez mais, o de protagonista, de modo que também a legislação estatal deve buscar acompanhar essa nova realidade internacional e garantir que direitos fundamentais tão importantes sejam assegurados ao mesmo. Estados e indivíduos não devem estar em posições antagonicas na promoção de direitos internacionais, mas sim convergirem em seus esforços para permitir que o sistema internacional de direitos humanos possa solucionar de maneira efetiva os grandes desafios globais.

REFERÊNCIAS

ACNUR. Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. Reunião de Especialistas. *O conceito de pessoa apátrida segundo o direito internacional*: resumo das conclusões. Prato, Itália: 27-28 maio 2010. p. 8. Disponível em: http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/O_Conceito_de_Pessoa_Apatrida_segundo_o_Direito_Internacional.pdf?view=1. Acesso

em: 24 mar. 2018.

BICHARA, Jahyr-Philippe. Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil: tratamento jurídico dos refugiados e apátridas. *Revista de Informação Legislativa*, v. 209, 2016.

BICHARA, Jahyr-Philippe. O tratamento do apátrida na nova lei de migração: entre avanços e retrocessos. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 2, 2017. Doi: 10.5102/rdi.v14i2.4619.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. *Decreto Nº 4.246, de 2002*. Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas (1954). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4246.htm. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. *Decreto Nº 8.501, de 2015*. Convenção Para a Redução dos Casos de Apatridia (1961). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8501.htm. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. *Lei nº 13.445/2017*. Institui a Lei de Migração. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça; Ministério Extraordinário da Segurança Pública. *Portaria Interministerial MJ/MESP nº 3*. Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados em relação à tramitação dos requerimentos de autorização de residência, registro e emissão da Carteira de Registro Nacional Migratório, especifica a documentação necessária para instrução dos pedidos e define o procedimento de registro de autorizações de residência concedidas a refugiados, apátridas e asilados. Brasília: MJ; MESP, 27 fev. 2018. Disponível em: <https://sistemas.mre.gov.br/kitweb/datafiles/Copenhague/en-us/file/Portaria%2003-2018%20vitem%20xi%20reuniao%20familiar.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça; Ministério Extraordinário da Segurança Pública. *Portaria Interministerial MJ/MESP nº 5*. Dispõe sobre o procedimento de reconhecimento da condição de apatridia e da naturalização facilitada dela decorrente. Brasília: MJ; MESP, 27

- fev. 2018. Disponível em: <http://www.acnur.org/file-admin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2018/11593>. Acesso em: 22 mar. 2018.
- COUTINHO, Beatriz Isola. Migração internacional e integração regional: diálogos entre o MERCOSUL e a UNASUL. *Cadernos de Campo: Revista de Ciências Sociais*, Araraquara. n. 17, 2013.
- DARLING, Kate. Protection of stateless persons in international asylum and refugee law. *International Journal of Refugee Law*, oct. 27, 2009. Doi: 10.1093/ijrl/eep024.
- DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem de 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2018.
- FONSECA JR., Gelson. *A legitimidade e outras questões internacionais: poder e ética entre as nações*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1998.
- KERSTING, Wolfgang. *Universalismo e direitos humanos*. Porto Alegre: EdPUCRS, 2003.
- KRASNER, Stephen D. *Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables in international regimes*. Ithaca: Cornell University Press, 1982.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2004.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999. v. 2.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

E se o Supremo Tribunal Federal (STF) restabelecer a vigência da Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) na ordem jurídica brasileira? Sobre uma possível reviravolta, pela via do direito internacional, das leis trabalhistas brasileiras

Will the Brazilian Federal Supreme Court reinstate the Convention no. 158 of the International Labor Organization (ILO) in the Brazilian legal order? On a possible turnaround, through international law, of Brazilian labor laws

Daniel Damasio Borges

E se o Supremo Tribunal Federal (STF) restabelecer a vigência da Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) na ordem jurídica brasileira? Sobre uma possível reviravolta, pela via do direito internacional, das leis trabalhistas brasileiras*

Will the Brazilian Federal Supreme Court reinstate the Convention no. 158 of the International Labor Organization (ILO) in the Brazilian legal order? On a possible turnaround, through international law, of Brazilian labor laws

Daniel Damasio Borges**

* Recebido em: 22/08/2018

Aprovado em: 15/10/2018

As pesquisas que resultaram neste artigo foram financiadas pela FAPESP, por meio de uma bolsa de pesquisa no exterior. Por esse motivo, o autor gostaria de agradecer a referida fundação pelo apoio e as instituições universitárias que lhe acolheram: Collège de France, École de Droit de la Sorbonne e Instituto Universitário Europeu de Florença. A redação do artigo foi concluída no Instituto de Estudos Avançados de Nantes, França. Assim, o autor também gostaria de deixar consignada a sua gratidão ao Instituto, ao propiciar excelentes condições de trabalho aos seus pesquisadores-residentes (“fellows”). Por fim, há de se registrar o afastamento de minhas atividades docentes que me foi concedido pela UNESP, o que permitiu que o autor realizasse pesquisas nas referidas instituições estrangeiras.

** Professor Associado de Direito Internacional Público da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP, campus Franca. Doutor em Direito pela Universidade Paris I Panthéon-Sorbonne (prêmio de melhor tese defendida em 2011 na Escola Doutoral de Direito Internacional Público e Europeu da Universidade Paris I) e Livre-Docente em Direito Internacional Público pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2017). Foi pesquisador visitante na École de Droit de la Sorbonne, Collège de France e no Instituto Universitário Europeu de Florença (2015-2016). Atualmente, é pesquisador-residente (“fellow”) do Instituto de Estudos Avançados de Nantes, França (2018-2019). E-mail: daniel.damasio@unesp.br.*** Graduação em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1952), Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1954). Atualmente é professor titular da Universidade Federal de Pernambuco. E-mail: sylvioloreto@uol.com.br

RESUMO

A Convenção n. 158 da OIT sobre o término da relação de emprego por iniciativa do empregador versa sobre um assunto particularmente polêmico: os limites à livre-iniciativa do empresário em nome da proteção do emprego. Essas discussões em torno do significado jurídico da Convenção n. 158 podem ser revividas com a conclusão do julgamento pelo STF da ação direta de inconstitucionalidade acerca da denúncia desse tratado internacional. Com efeito, perfila-se a formação de uma maioria no STF pela procedência da ação, o que poderá significar a reentrada em vigor da Convenção 158 na ordem jurídica brasileira. Nesse artigo, discutem-se quais seriam os efeitos jurídicos para as relações trabalhistas brasileiras decorrentes dessa reentrada em vigor. Para avaliar tais efeitos, fez-se uma revisão bibliográfica sobre o tema, com especial ênfase ao direito comparado, além de se recorrer aos relatórios dos órgãos da OIT que fiscalizam o cumprimento dessa convenção. Duas repercussões da Convenção 158 sobressaem: a) a afirmação do direito do empregado de apenas ser demitido por um motivo válido; e b) o direito dos empregados de terem os seus representantes consultados antes de serem efetuadas demissões coletivas. Este artigo procura, assim, esmiuçar de que modo esses dois direitos deveriam ser interpretados pelas jurisdições trabalhistas brasileiras, sublinhando a grande contribuição da Convenção n. 158 para uma proteção mais efetiva do emprego no direito do trabalho brasileiro.

Palavras-chave: Denúncia de tratado. Organização Internacional do Trabalho (OIT), Direitos sociais fundamentais. Proteção do emprego.

ABSTRACT

The Convention n. 158 concerning Termination of Employment at the Initiative of the Employer regulates a very controversial matter: the limits that are imposed on free enterprise in order to protect employment. These discussions about the legal meaning of the Convention 158 may be revived when the Brazilian Supreme Court concludes its judgment about the constitutionality of the denunciation of this treaty. In fact, most judges seem to consider the denunciation unconstitutional. If this judgment is confirmed, this will mean the re-entry into force of the Convention 158. This paper discusses the legal effects of this reentry into force. In our study, we use bibliographical review, with a special reference to comparative law, and the reports of the ILO bodies which supervise the application of the Convention 158. In particular, two legal rights arise from the Convention: a) the right of the employees to not be dismissed without a valid reason; and b) the right of the employees to be consulted, through their representatives, before collective dismissals. This paper analyses how these rights should be interpreted by the Brazilian domestic jurisdictions and highlights the contribution of the Convention 158 to the effective protection of employment in Brazilian law.

Keywords: Treaty denunciation. International Labour Organization. Fundamental social rights. Employment protection.

1. INTRODUCTION

Poucos tratados causaram, no Brasil, tantas polêmicas como a Convenção n. 158 da OIT de 1982 sobre o término da relação de emprego por iniciativa do empregador. Deveras, duas ações diretas de inconstitucionalidade envolveram a referida convenção: a) a primeira impetrada por uma entidade sindical patronal quando da sua ratificação¹, questionando a compatibilidade de suas disposições com a Constituição Federal de 1988 — a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1480-3 (ADI 1480-3)²; e b) a segunda ajuizada por uma confederação

sindical de trabalhadores³ e pela Central Única dos Trabalhadores (CUT), as quais arguíram a inconstitucionalidade de sua denúncia — a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1625-3 (ADI 1625-3)⁴.

A temática versada pela Convenção é particularmente conducente a um debate acalorado. Ela tangencia, de um lado, a livre iniciativa — princípio base da organização da economia de mercado —, porquanto ela circunscreve a liberdade do empresário de escolher os seus colaboradores em suas atividades e, portanto, limita a sua autonomia em organizar a produção de bens e serviços no seio de sua empresa⁵. E, de outra parte, ela visa à proteção da segurança no emprego e o direito ao trabalho — um dos direitos mais importantes assegurados pelo Estado social. Não surpreende, assim, que as polêmicas em torno do tema não se restrinjam ao direito brasileiro. Os limites impostos aos empresários, a título da realização dos direitos sociais, sempre suscitaram muitas discussões nos diferentes modelos de Estado social no mundo ocidental, em que se busca harmonizar a liberdade de iniciativa com a melhoria das condições de vida da classe trabalhadora⁶.

Após mais de 20 anos do início da ADI 1625-3⁷, uma maioria de ministros do STF, conforme se verá detalhadamente mais adiante, tende a se formar no sentido de considerar inconstitucional a denúncia da Convenção 158 da OIT. Caso essa maioria se confirme, todas as discussões em torno do alcance e significado jurídicos da Convenção 158 para a ordem jurídica brasileira serão revividas.

em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14819932/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1480-df-stf>>.

3 Trata-se da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG).

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI n. 1625-3/DF União Federal. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento ainda pendente. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1675413>>.

5 Nesse sentido, há, sem dúvida, uma importante limitação ao poder diretivo do empresário. Sobre essa noção, v. especialmente MAGANO, Octávio Bueno. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 99-104.

6 Apenas a título ilustrativo, pode-se mencionar o exemplo francês. Durante o governo do primeiro-ministro conservador Dominique de Villepin (2005-2007), aprovou-se a lei do novo emprego (“nouvelle embauche”), que derogava o princípio do direito do trabalho francês da justificação da demissão. A aprovação da lei conduziu a grandes manifestações contrárias de estudantes e trabalhadores, o que acabou levando ao recuo do governo. DOCKÈS, Emmanuel. *Le juge et les politiques d’emploi. Droit social*, n. 9/10, p. 3-9. Sep./Out. 2007.

7 Essa demanda teve início no ano de 1997.

1 Trata-se da Confederação Nacional da Indústria (CNI).

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI n. 1480-3/DF. Pleno. (medida liminar). Relator: Min. Celso de Mello. Acórdão de 4 de setembro de 1997. Disponível

Este artigo pretende justamente contribuir para esse debate. Em um primeiro momento, procurar-se-á demonstrar a inconstitucionalidade da denúncia da Convenção 158, dada a ausência da prévia aquiescência congressual. Mais do que isso, tal inconstitucionalidade tem por corolário o restabelecimento da vigência da Convenção 158 no direito brasileiro (*Parte I*).

Se tal entendimento prevalecer no STF, nada mais natural que se rediscuta o alcance e o significados jurídicos da Convenção n. 158 da OIT para o direito brasileiro. A nosso juízo, a Convenção 158 será um ponto de inflexão na evolução recente da legislação trabalhista brasileira, dando uma feição bem mais favorável ao trabalhador na disciplina jurídica do despedimento. Ela estabelece direitos importantes ao trabalhador nessa questão, muito embora ela não detalhe o modo pelo qual eles deverão ser exercidos. Essa ausência de detalhamento não é, contudo, um óbice dirimente para a sua plena aplicabilidade no Brasil (*Parte II*).

1. A INCONSTITUCIONALIDADE DA DENÚNCIA DA CONVENÇÃO N. 158 E O SEU COROLÁRIO: O RESTABELECIMENTO DA VIGÊNCIA DA CONVENÇÃO N. 158 DA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

Em menos de nove meses após a promulgação pelo Brasil da ratificação da Convenção n. 158⁸, o Presidente da República editou, em 20 de dezembro de 1996, o Decreto n. 2.100. Nos termos do breve decreto, o Presidente da República tornava público que deixará de vigorar para o Brasil a Convenção n. 158 da OIT tendo em vista que o Governo brasileiro a denunciou e notificou formalmente a OIT sobre tal ato.

O Decreto n. 2.100 de 20 de dezembro de 1996, bem como a nota do Governo brasileiro à OIT sobre a denúncia da Convenção n. 158 foram realizados sem consulta ao Congresso Nacional. A bem dizer o caráter unilateral da denúncia em apreço foi fiel à tradição brasileira nessa seara.

Na história republicana, os diferentes chefes de Estado têm denunciado os tratados internacionais sem pedir a prévia aquiescência do Congresso Nacional. O

presidente Arthur da Silva Bernardes (1922-1926) assim o fez, quando da denúncia brasileira ao Pacto da Liga das Nações⁹. Àquela ocasião, o consultor jurídico do Itamaraty, Clóvis Beviláqua, escreveu um célebre arrazoado, sustentando a tese de que o chefe do Poder Executivo poderia denunciar um tratado sem ouvir o Congresso Nacional¹⁰.

A prática presidencial abrangeu, também, as Convenções da OIT, a exemplo dos decretos presidenciais que tornaram públicas as denúncias da Convenção n. 4, relativa ao trabalho das mulheres à noite¹¹ e da Convenção n. 110 concernente às condições de emprego dos trabalhadores de fazendas¹².

Tal modo de proceder foi, apenas, contestado judicialmente na ADI 1625-3. Daí a sua grande relevância para o direito público brasileiro. Com efeito, conforme se demonstrará a seguir, identifica-se clara tendência do STF considerar inconstitucional a denúncia unilateral, por parte do Presidente da República, de um tratado (1.1). Tal entendimento nos parece ter como consequência lógica a ripristinação da Convenção n. 158 da OIT (1.2).

1.1. A afirmação do papel do Congresso Nacional a respeito da denúncia de um tratado internacional

Até o presente momento, seis ministros já se manifestaram na ADI 1625-3¹³.

8 BRASIL. *Decreto n. 1.855 de 10 de abril de 1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1855.htm>.

9 Em 1926, Bernardes decidiu pela retirada do Brasil da Liga das Nações. Essa decisão foi motivada pela frustração do Governo brasileiro em alcançar um dos seus principais objetivos de sua política externa: obter o status de membro permanente do Conselho da Liga das Nações. GARCIA, Eugênio Vargas. *O Brasil e a Liga das Nações (1919-1926): vencer ou não perder*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2000.

10 BEVILÁQUA, Clóvis. Denúncia de tratado e saída do Brasil da Sociedade das Nações: parecer de 5 de julho de 1926. *Parecer dos consultores jurídicos do Itamaraty*, Brasília, Fundação Alexandre de Gusmão, v. 2, (1913-1934), p. 357-374, 2009.

11 BRASIL. *Decreto n. 1.534 de 30 de março de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del1534.htm>.

12 BRASIL. *Decreto n. 67.499 de 6 de novembro de 1970*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-67499-6-novembro-1970-409055-publicacaooriginal-1-pe.html>>.

13 São eles os ministros Maurício Corrêa, Nelson Jobim, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Teori Zavascki e Rosa Weber. O voto do ministro Joaquim Barbosa encontra-se disponível no seguinte site: <http://s.conjur.com.br/dl/voto-joaquim-barbosa.pdf>. Os votos dos ministros Maurício Corrêa, Ayres Britto e Teori Zavascki

O ministro-relator, Maurício Corrêa, afirmou: se for reconhecida ao Presidente da República a atribuição de unilateralmente denunciar um tratado, ele teria o poder de derogar, sem o aval do Congresso Nacional, um ato normativo com força de lei¹⁴.

Para Corrêa, esse entendimento seria contrário ao Princípio da Legalidade (art. 5º, inciso II da CF), segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Ademais, asseverou Corrêa, a CF de 1988 estatui que todas as leis “lato sensu” devem passar pelo escrutínio do Congresso Nacional, inclusive no caso das medidas provisórias. Nesse sentido, concluiu Corrêa, tanto a atividade legislativa positiva quanto a negativa estão submetidas ao juízo definitivo dos representantes do povo.

Por essas razões, Corrêa entendeu que a aquiescência congressual era indispensável no caso da denúncia de um tratado internacional. Todavia, ponderou Corrêa, não se podia, a partir desse entendimento, concluir pela inconstitucionalidade total do Decreto n. 2.100 de 20 de dezembro de 1996. A esse respeito, Corrêa lembrou que a denúncia já havia produzido efeitos perante a OIT, em virtude da nota do governo brasileiro que notificava essa organização internacional sobre a denúncia.

Para Corrêa, o problema do decreto em apreço centrava-se nos seus efeitos produzidos internamente, devendo a revogação definitiva da eficácia da Convenção 158 da OIT ser submetida ao Congresso Nacional. Com fulcro nessa fundamentação, Corrêa julgou em parte procedente a ação direta de inconstitucionalidade, atribuindo ao Decreto impugnado interpretação conforme ao artigo 49, inciso I, da CF de 1988, e determinando que a denúncia da Convenção n. 158 condicionasse ao referendo do Congresso Nacional, sem o qual tal denúncia não produz eficácia plena.

O ministro Carlos Britto, sem maiores considerações, acompanhou o voto do ministro relator.

foram obtidos por cópias extraídas dos autos, após pedido feito ao STF pela advogada Ana Carolina A. Caputo Bastos, a quem agradecemos muito pela sua gentileza de nos franquear acesso a eles. Não foi autorizada a extração de cópias do voto da ministra Rosa Weber. O ministro Dias Toffoli pediu vistas dos autos e o julgamento da ação ainda está pendente. Para maiores informações, v. <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1675413>>.

14 O ministro Maurício Corrêa faz referência aqui, evidentemente, ao entendimento tradicional do STF de que os tratados, de um modo geral, têm status hierárquico de lei ordinária no ordenamento jurídico nacional.

O ministro Joaquim Barbosa, por sua vez, apresentou um voto mais longo, em que desenvolveu alguns dos argumentos já trazidos por Maurício Corrêa. Sob esse aspecto, Barbosa reforçou: a CF de 1988 não admite nenhum ato com força de lei em que o Parlamento não tenha algum tipo de intervenção. Aliás, acrescentou Barbosa, uma das características marcantes da CF de 1988 é justamente a de fortalecer o Congresso Nacional.

Barbosa procurou, também, rebater a fundamentação desenvolvida por Clóvis Beviláqua em seu célebre parecer. Para Beviláqua, a aprovação pelo Poder Legislativo de um tratado internacional contendo uma cláusula de denúncia seria uma delegação congressual ao Poder Executivo, para que ele aplicasse tal cláusula. Nesse sentido, o ato de denúncia seria meramente administrativo e representaria a execução do tratado¹⁵.

Barbosa rechaçou essa linha de argumentação, afirmando que não se pode deduzir da simples referência, no texto do tratado, à possibilidade de denúncia, uma delegação tão relevante. Para Barbosa, a tese de Beviláqua sugere uma delegação não específica, sem prazo e sem condição, o que seria totalmente incompatível com o direito constitucional brasileiro.

Barbosa realçou ainda o conteúdo da Convenção 158, a qual estabelece direitos sociais. Nessa linha de raciocínio, permitir que o Presidente da República a denuncie isoladamente seria lhe outorgar o poder de reduzir o nível de proteção dos direitos humanos na ordem jurídica brasileira.

Fundado nesses argumentos, Barbosa não se contentou em acolher parcialmente a ação direta de inconstitucionalidade. Tampouco utilizou a técnica da interpretação conforme para matizar a inconstitucionalidade do Decreto impugnado. Ao contrário, Barbosa concluiu pela declaração da inconstitucionalidade por completo do Decreto n. 2.100/1996. Para Barbosa, o vício de inconstitucionalidade do Decreto impugnado é muito

15 “Se há no tratado uma cláusula, prevendo e regulando a denúncia, quando o Congresso aprova o modo de ser o mesmo denunciando; portanto, pondo em prática essa cláusula, o Poder Executivo apenas exerce um direito que se acha declarado no texto aprovado pelo Congresso. O ato da denúncia é meramente administrativo. A denúncia do tratado é modo de executá-lo, portanto, numa de suas cláusulas, se acha consignado o direito de o dar por extinto”. BEVILÁQUA, Clóvis. Denúncia de tratado e saída do Brasil da Sociedade das Nações: parecer de 5 de julho de 1926. *Parecer dos consultores jurídicos do Itamaraty*, Brasília, Fundação Alexandre de Gusmão, v.2, (1913-1934), p. 357-374, 2009. p. 356.

claro, de modo a não admitir gradações. Sem o sufrágio congressional, o Decreto em apreço é inconstitucional em seu todo.

Barbosa disse que o corolário da declaração de inconstitucionalidade do Decreto impugnado seria a manutenção em vigor do decreto de promulgação da Convenção n. 158. Barbosa reconheceu, contudo, que a denúncia permaneceria válida no plano internacional, haja vista a nota de denúncia enviada pelo governo brasileiro à OIT.

A ministra Rosa Weber acompanhou o ministro Joaquim Barbosa, no sentido de considerar plenamente procedente a ADI 1625-3¹⁶.

O ministro Teori Zavaski, por seu turno, adotou uma posição singular. Na mesma linha dos votos acima descritos, Zavaski invocou o Princípio da Legalidade. Sob a égide desse princípio, não se admite que o Poder Executivo possa, isoladamente, inovar no plano do direito doméstico e alterar a situação jurídica dos indivíduos, ao revogar normas internas. Nada mais lógico, assim, que o Congresso Nacional seja chamado a dar a sua anuência quando da denúncia de um tratado.

Zvaski ponderou, contudo, que a denúncia unilateral dos tratados correspondia a uma longa prática brasileira, que havia compreendido, inclusive, as Convenções da OIT. Essa longa prática do Poder Executivo beneficiar-se-ia, ainda, de “certa indiferença” dos demais poderes constituídos. Assim, concluiu Zavaski, a indispensabilidade da anuência congressional deveria ser, apenas, prospectiva, em nome da segurança jurídica. Por esses motivos, Zavaski jugou impropriedade a ação direta de inconstitucionalidade em apreço.

O único ministro a se declarar favoravelmente ao poder do Presidente da República de denunciar unilateralmente o tratado foi o ministro Nelson Jobim. Jobim retomou, com poucas alterações, os argumentos aduzidos por Beviláqua, notadamente a preeminência do Presidente da República na condução da política externa brasileira.

Da descrição acima, depreende-se que cinco ministros do STF já se manifestaram pela indispensabilidade do sufrágio congressional em se tratando da denúncia de um tratado internacional. Quatro ministros defenderam

16 Conforme já dito, não tivemos acesso ao voto da Ministra Rosa Weber. Todavia, há uma breve referência à posição da ministra no voto do ministro Teori Zavaski.

que esse entendimento conduziria à inconstitucionalidade, ainda que parcial, do Decreto n. 2.100/1996.

O argumento central favorável à aquiescência congressional, quando da denúncia do tratado, foi, sem dúvida, a natureza normativa desse ato jurídico internacional. Tal ênfase reflete a evolução recente dos tratados internacionais e do direito interno. O crescente número de tratados e dos temas por eles versados pôs em causa o papel do Parlamento como *locus* privilegiado da ação legislativa dos Estados¹⁷. Temas que outrora eram disciplinados, exclusivamente, por normas internas fazem parte, hoje, do objeto de tratados internacionais¹⁸. Conforme afirma Evelyne Lagrange, os anglo-saxões forjaram uma bela expressão — “*legislation by treaty*” —, para significar que a função diplomática se tornou uma das funções normativas do Estado¹⁹.

As próprias Convenções da OIT são disso uma eloquente ilustração. Questões trabalhistas eram, antes da criação da OIT, consideradas do domínio exclusivo do Estado e debatidas, exclusivamente, nos parlamentos nacionais²⁰. Atualmente, as principais questões do direito do trabalho são temas de discussões em uma organização internacional e de regulação por parte do direito internacional público.

É precisamente a dimensão normativa dos tratados internacionais em âmbito interno que constitui uma das principais justificativas para a participação dos Parlamentos no processo de ratificação dos tratados²¹. Deveras, se os tratados produzem efeitos normativos internos, não se pode prescindir da anuência congressional,

17 “Dès lors, c’est évidemment le législateur national qui voit sa compétence principale d’élaboration des normes totalement modifiée par cette tendance des Etats à régler conjointement les champs les plus variés de l’activité humaine”. TOURARD, Hélène. *L’internationalisation des constitutions nationales*. Paris: L.G.D.J., 2000. p. 113.

18 Segundo Hélène Tourard, a internacionalização pode ser definida como a submissão ao direito internacional de uma relação ou de uma instituição jurídica antes regida pelo direito interno. TOURARD, Hélène. *L’internationalisation des constitutions nationales*. Paris: L.G.D.J., 2000. p. 1.

19 LAGRANGE, Evelyne. L’efficacité dans l’ordre juridique interne des normes internationales concernant la situation des personnes privées. *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, Nijhoff, v. 356, 2012. p. 491.

20 VALTICOS, Nicolas. *Droit international du travail*. Paris: Dalloz, 1983. p. 3-28.

21 RIESENFELD, Stefan A.; ABBOTT, Frederick. “Foreword”. In: RIESENFELD, Stefan; ABBOTT, Frederick (Ed.). *Parliamentary participation in the making and operation of treaties: a comparative study*. Hague: Kluwer Academic Publishers, 1994. p. 1-18.

sob pena de esvaziar o Poder Legislativo de sua função clássica e principal: a de elaborar leis²². Nos países em que o Parlamento tem diminuta participação no processo de ratificação, como no Reino Unido, os tratados não têm qualquer efeito na ordem jurídica interna e não alteram a legislação nacional²³.

No Brasil, como se sabe, o STF tem reiteradamente entendido que os tratados internacionais fazem parte da ordem jurídica nacional na qualidade de leis ordinárias. O precedente desse entendimento foi o Recurso Extraordinário n. 71.154 de 4 de agosto de 1971, o qual versou sobre a vigência na ordem jurídica brasileira da Convenção de Genebra da lei uniforme sobre o cheque. Na espécie, questionou-se se a Convenção de Genebra, uma vez ratificada e promulgada, teria plena vigência na ordem jurídica nacional ou se seria necessário aprovar

22 “No direito constitucional clássico, a elaboração da lei cabe ao Poder Legislativo, que é, pelo menos parcialmente, de caráter representativo. De fato, a lei, em sua substância, é a expressão da vontade nacional, manifestada pelos representantes, que se identifica com a vontade geral, ou seja, com os imperativos da Razão”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 59.

23 No sistema constitucional britânico, o poder de celebrar e ratificar tratados constitui uma prerrogativa exclusiva da Coroa, exercida pelo primeiro-ministro ou ainda pelo ministro das relações exteriores ou da pasta que trate do tema do tratado. Desse modo, a ratificação de um tratado não necessita da aprovação do Parlamento britânico. Desde 1924, adota-se a prática conhecida como a regra de Ponsonby (“Ponsonby Rule”), nome do subsecretário de Estado para as relações exteriores que a iniciou. Nos termos dessa prática, o Poder Executivo, antes de ratificar o tratado, apresenta-o ao Parlamento, durante o período de 21 sessões e compromete-se a debetê-lo com os parlamentares. Tal prática de apenas informar o Parlamento foi recentemente modificada pela lei sobre a Reforma Constitucional e Governança de 2010 (Constitutional Reform and Governance Act 2010). Nos termos da lei, uma vez apresentado o tratado ao Parlamento, esse último poderá aprovar uma resolução no sentido de rejeitá-lo, o que impedirá o Primeiro-ministro e o seu gabinete de ratificá-lo. A recente reforma constitucional reforçou, sem dúvida, o papel do Poder Legislativo quanto aos tratados, visto que ele tem tradicionalmente uma função formal e passiva nessa seara. A reforma em apreço não condicionou, contudo, a ratificação do tratado à explícita aprovação do Parlamento britânico. Essa característica do sistema constitucional britânico guarda estreita relação com o dualismo por ele abraçado. Uma vez ratificado o tratado, ele não é considerado parte integrante do ordenamento jurídico nacional britânico. As disposições do tratado apenas serão aplicadas, pelas jurisdições nacionais, na exata medida em que elas sejam reproduzidas em um ato legislativo interno. Essas características do direito britânico não favorecem a proteção dos direitos previstos nas Convenções da OIT. BORGES, Daniel Damasio. *A aplicação das convenções internacionais sobre os direitos sociais relacionados à saúde e ao trabalho na ordem jurídica brasileira: contribuição ao estudo do impacto do direito internacional sobre as políticas sociais brasileiras*. Tese (Doutorado de livre-docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 92-99.

uma nova lei reproduzindo os seus termos e condições.

O ministro Oswaldo Trigueiro reconheceu que não há cláusula constitucional expressa sobre a eficácia imediata, em âmbito interno, dos tratados ratificados e promulgados no Brasil. Ela estaria, contudo, implícita na Constituição. A aprovação do tratado, sublinhou Trigueiro, obedece a um processo muito similar ao da elaboração das leis: o Congresso Nacional deve aprovar o tratado antes de ele ser ratificado. Se o órgão que elabora as leis e aprova os tratados é o mesmo — o Congresso Nacional —, não há necessidade de ele reafirmar os termos do tratado, em um novo diploma legal. Não seria razoável, concluiu Trigueiro, condicionar a validade interna do tratado à dupla manifestação do Congresso Nacional. Por esses motivos, o ministro Oswaldo Trigueiro estimou que a Convenção de Genebra estava plenamente vigente na ordem jurídica brasileira e revogava as disposições em contrário da legislação ordinária brasileira. O voto de Trigueiro foi acompanhado por todos os demais ministros do STF²⁴. Em síntese, o reconhecimento do caráter normativo no plano doméstico dos tratados está estreitamente relacionado à participação congressual no processo de sua ratificação.

O mesmo raciocínio nos parece aplicável, *mutatis mutandis*, à denúncia de um tratado. Tal como a ratificação de um tratado, a denúncia de tal instrumento internacional significa importante alteração legislativa interna, porquanto as normas nele enunciadas não mais regerão as relações sociais em território brasileiro. A denúncia de um tratado sem a aquiescência parlamentar importaria, assim, em grave prejuízo às atribuições legislativas do Congresso Nacional, visto que ocorreria importante alteração legislativa sem a sua participação.

Os ministros Maurício Corrêa, Carlos Britto, Teori Zvaski, Joaquim Barbosa e Rosa Weber nos parecem ter corretamente salientado os efeitos normativos internos da denúncia dos tratados, ao considerarem obrigatória a prévia anuência congressual quando da denúncia de um tratado.

Todavia, conforme dissemos, há nuances relevantes entre os posicionamentos dos quatro ministros. Para o ministro Zvaski, esse entendimento teria, apenas, efeito

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE n. 71.154. Tribunal Pleno. Relator: Min. Oswaldo Trigueiro. Brasília. 4 de agosto de 1971. p. 5-9. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/896118/recurso-extraordinario-re-71154-pr>>.

prospectivo e não abrangeria a Convenção n. 158. Os fundamentos trazidos pelo ministro não nos afiguram persuasivos. A longa prática brasileira de denúncias de tratados unilaterais e a certa indiferença dos demais poderes constituídos não são argumentos fortes. No direito constitucional brasileiro, há longa tradição da sobreposição do Poder Executivo sobre o Poder Legislativo, a ponto de destituir o Parlamento de sua principal competência: a de legislar. Não se deve olvidar os longínquos períodos autoritários que marcaram a história política brasileira — em especial a ditadura militar (1964-1985)²⁵. Essa triste história há de ser superada e não servir de argumento em defesa de uma segurança jurídica que prestigia soluções autoritárias.

Os votos dos ministros Maurício Corrêa, Carlos Brito, Joaquim Barbosa e Rosa Weber não poupam a Convenção n. 158, ao julgarem inconstitucional o decreto de sua denúncia. A divergência entre eles diz respeito, exclusivamente, ao alcance dessa declaração de inconstitucionalidade: parcial por meio do uso da técnica da “interpretação conforme” — no entendimento dos dois primeiros —; ou total — na leitura dos dois últimos.

O posicionamento que nos parece o mais adequado é o do ministro Joaquim Barbosa e da ministra Rosa Weber. Com efeito, a técnica da “interpretação conforme” não é aplicável ao caso. Classicamente, esse expediente é utilizado quando o ato normativo, cuja constitucionalidade é questionada, admite diferentes leituras. Nesses termos, o STF admite a constitucionalidade do ato normativo, sob a reserva de que a sua interpretação seja aquela que o STF considere compatível com a Constituição²⁶.

Ora, no caso do Decreto n. 2.100/1996, não pairam dúvidas em relação ao seu sentido e propósitos. Redigido de modo breve, o Decreto “torna público que deixará de vigorar para o Brasil, a partir de 20 de novembro de 1997, a Convenção n. 158 [...]”. Assim, ele publica a revogação, na ordem jurídica interna brasileira, da vigência

da Convenção n. 158. Nos termos em que foi formulado, não há como interpretar o Decreto de outra maneira: ele exclui do direito nacional a Convenção n. 158.

Portanto, diante do teor do Decreto, ele é, em seu todo, inconstitucional, porquanto realiza função normativa sem a anuência congressual. A esse respeito, convém lembrar que o STF tem reiteradamente decidido que o ato normativo revocatório realiza, também, função normativa²⁷. Aliás, não poderia ser de outro modo, já que a revogação de leis modifica o teor das leis vigentes, alterando os direitos e obrigações dos indivíduos.

Seja, porém, como for, a divergência entre, de um lado, os ministros Joaquim Barbosa e Rosa Weber e, de outro, Maurício Corrêa e Carlos Brito não nos afigura decisiva.

Ainda que esses últimos tenham acolhido apenas parcialmente a ação direta de inconstitucionalidade, Corrêa pôs em destaque o aspecto do Decreto n. 2.100/1996 que lhe parecia inconstitucional: os seus efeitos na ordem doméstica, qual seja, a revogação da vigência da Convenção n. 158 sem o referendo congressual²⁸.

A bem dizer, a fundamentação de Corrêa nos parece inexata. Os efeitos no plano doméstico do Decreto — a revogação da vigência da Convenção n. 158 — não é *um* de seus aspectos. Ao contrário, constitui, como vimos, o seu único escopo. O Decreto sob análise contém tão somente um artigo: justamente aquele que torna pública a revogação da Convenção n. 158. Não está aqui presente o requisito essencial da inconstitucionalidade parcial: a circunstância de o ato normativo impugnado estar dividido em diferentes partes, as quais podem ser consideradas isoladamente²⁹. Por esses motivos, assiste razão ao ministro Joaquim Barbosa, o qual não se contentou em declarar o Decreto em apreço parcialmente inconstitucional.

Como quer que seja, os votos de Corrêa e de Carlos Brito sugerem, claramente, a ideia de que a inconstitu-

25 Conforme observa Clèmerson Merlin Clève, durante os períodos de exceção no Brasil — como durante o Estado Novo (1937-1945) e a ditadura militar (1964-1985) —, atribuiu-se ao Poder Executivo o poder de legislar. Daí, conforme afirma Clève, a profunda desconfiança que desperta no Brasil instrumentos jurídicos como os decretos-leis e as medidas provisórias. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 153-156.

26 RIBEIRO, Júlio de Melo. Interpretação conforme à Constituição. A lei fundamental como vetor hermenêutico. *Revista de interpretação legislativa*, v. 46, n. 184, p. 149-170, out./dez. 2009.

27 V., por exemplo: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI n. 748-3/RS*. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 1º de julho de 1992. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/454101/pg-1-secao-1-diario-oficial-da-uniao-dou-de-12-02-2007>.

28 V. especialmente os parágrafos 18 a 22 do voto do ministro Maurício Corrêa.

29 Sobre a distinção entre inconstitucionalidade total e parcial, v. especialmente CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 48-49.

cionalidade parcial do Decreto n. 2.100/1996 impede a revogação, na ordem jurídica brasileira, da Convenção n. 158. Nesse ponto, impende realçar o efeito repristinatório de tal declaração de inconstitucionalidade.

1.2. O efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade do Decreto n. 2.100/1996

Nos termos do art. 2º, §3º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657 de 4 de setembro de 1942), salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

A princípio, não se admite, assim, no direito brasileiro, a repristinação: a restabelecimento do vigor de uma lei em virtude da revogação de uma outra lei que havia suprimido a vigência da primeira. A proibição da repristinação refere-se, assim, ao processo de modificações legislativas ao longo do tempo. Ela esclarece e restringe, assim, os efeitos jurídicos da revogação de um diploma legislativo, determinado que ela não importa na reentrada em vigência de leis que tenham sido elas próprias revogadas pelo referido diploma legislativo.

A proibição da repristinação, contudo, não há de ser confundida com o efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade de uma determinada lei. Conforme afirma Clèmerson Merlin Clève, no direito brasileiro, o diploma legislativo inconstitucional é nulo e não simplesmente anulável. Por esses motivos, prossegue Clève, a decisão do STF que declara uma lei inconstitucional atinge todos os efeitos engendrados por tal lei, inclusive no tocante à revogação por ela produzida de outros atos legislativos. Por conseguinte, conclui Clève, a declaração da inconstitucionalidade de uma dada lei implica a reentrada em vigor dos atos legislativos que tenham sido por ela revogados³⁰.

Tal efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade tem sido amplamente reconhecido pela jurisprudência do STF, com lastro no raciocínio acima exposto³¹.

30 CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 48-49.

31 V., em especial: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI n. 3.148-1/TO. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 13 de dezembro de 2006. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/758656/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3148-to>>. Em seu voto,

O reconhecimento do efeito repristinatório da ação direta de inconstitucionalidade impõe-se, com muito mais razão, no caso do Decreto n. 2.100/1996. Conforme já dito alhures, a revogação produzia pelo referido decreto não é uma das repercussões por ele produzidos, mas a sua única repercussão. Assim, tal repercussão do Decreto deverá cessar, após a declaração da inconstitucionalidade desse diploma normativo, na linha da jurisprudência do STF. Caso não se entendesse desse modo, atribuir-se-iam efeitos jurídicos muito significativos a um ato normativo declarado inconstitucional.

Portanto, a reentrada em vigor da Convenção n. 158 da OIT nos parece ser o corolário da declaração de inconstitucionalidade do Decreto n. 2.100/1996.

Entre os votos acima citados, apenas o ministro Joaquim Barbosa faz referência explícita à reentrada em vigor no plano doméstico da Convenção n. 158. Contudo, essa ausência de referência não nos parece determinante, visto que a questão central colocada ao STF foi a constitucionalidade ou não do Decreto n. 2.100/1996. Os ministros não são obrigados a tratar de modo exaustivo de todos os efeitos jurídicos da declaração de inconstitucionalidade, salvo se provocados.

Tampouco a divergência acerca da inconstitucionalidade total ou parcial nos parece relevante. Conforme dito acima, os ministros que votaram pela inconstitucionalidade parcial deixaram claro que tal declaração tornava sem efeitos, no plano da ordem jurídica doméstica, o Decreto n. 2.100/1996.

Em síntese, parece-nos que já existem quatro votos no STF — Maurício Corrêa, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Rosa Weber — que resultam na reentrada em vigor, na ordem jurídica brasileira, da Convenção n. 158.

Objetar-se-á que a denúncia da Convenção 158 já foi consumada no plano internacional, uma vez que ela foi oficialmente comunicada pelo Governo brasileiro à OIT, não estando mais tal Convenção em vigor para o Brasil na ordem jurídica internacional. De fato, do ponto de vista da ordem jurídica internacional, a Convenção n. 158 da OIT não é mais vigente para o Brasil.

Essa circunstância não constitui, todavia, um obstáculo intransponível ao reconhecimento da vigência, na perspectiva do *direito interno* brasileiro, da Convenção n. 158.

o ministro Celso de Mello reproduz a fundamentação exposta por Clèmerson Merlin Clève.

O descompasso entre a vigência nacional e internacional de um tratado já foi claramente admitido pelo STF no conhecido litígio sobre o Protocolo de Medidas Cautelares do Mercosul. Segundo a alta jurisdição brasileira, a entrada em vigor na ordem jurídica interna brasileira de um tratado internacional está subordinada à edição do decreto de promulgação³² por parte do Presidente da República. Na ausência do decreto de promulgação, o tratado não é aplicável à ordem jurídica brasileira, ainda que seja vigente para o Brasil na ordem jurídica internacional. Foi precisamente esse o caso do Protocolo em apreço. Por conseguinte, na espécie, o STF reconheceu que o Protocolo vigorava internacionalmente para o Brasil, sem que, por isso, a sua vigência no plano doméstico fosse admitida³³.

Não se deve olvidar, também, que as normas da OIT encorajam os Estados a ratificarem as suas convenções³⁴

32 Na definição de Hildebrando Accioly, a promulgação é o “ato jurídico, de natureza interna, pelo qual o Governo de um Estado afirma ou atesta a existência do tratado, com o preenchimento das formalidades exigidas para a sua conclusão, e ordena sua execução dentro dos limites da competência estatal”. Para Accioly, a promulgação tem duas funções: registrar a regularidade do tratado e lhe conferir caráter obrigatório. ACCIOLY, Hildebrando. *Promulgação do Tratado de Comércio e Navegação Brasil-Chile, de 1973: ausência do respectivo decreto: conceito de promulgação de tratados*. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty (1952-1960)*. Brasília: Senado Federal, 2001. v. 5. p. 219-224.

33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental em Carta Rogatória n. 8279-4*. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 14 de junho de 1998. Disponível em: <www.stf.jus>. Para uma apreciação crítica da jurisprudência do STF, v. especialmente MAGALHÃES, José Carlos de. *O STF e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 18-20. Para uma crítica do sistema brasileiro de internalização de normas internacionais, v. especialmente DALLARI, Pedro. *Constituição e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 86-147.

34 Em um artigo particularmente inovador para o direito internacional público — o artigo 19, §5º, alíneas “b” e “c” —, a constituição da OIT prescreve o seguinte: “b) cada um dos Estados-Membros compromete-se a submeter, dentro do prazo de um ano, a partir do encerramento da sessão da Conferência (ou, quando, em razão de circunstâncias excepcionais, tal não for possível, logo que o seja, sem nunca exceder o prazo de 18 meses após o referido encerramento), a convenção à autoridade ou autoridades em cuja competência entre a matéria, a fim de que estas a transformem em lei ou tomem medidas de outra natureza; c) os Estados-Membros darão conhecimento ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho das medidas tomadas, em virtude do presente artigo, para submeter a convenção à autoridade ou autoridades competentes, comunicando-lhe, também, todas as informações sobre as mesmas autoridades e sobre as decisões que estas houverem tomado”. Estabelece-se, assim, a obrigação dos Estados-membros de submeterem as Convenções da OIT aos órgãos internos responsáveis pela ratificação dos tratados internacionais. Decerto, tal disposição não prevê a obrigação de rati-

e a não as denunciar. É esse precisamente o sentido da cláusula-padrão sobre a denúncia dos tratados inserida em grande parte das Convenções da OIT³⁵.

Tal cláusula-padrão restringe o período durante o qual os Estados-pares poderão efetuar a referida denúncia. A cláusula prescreve que os Estados-membros poderão, apenas, denunciar a convenção que tenham ratificado ao fim de um período de 10 (dez) anos, contados a partir da entrada em vigor inicial da convenção em foco. Ainda nos termos de referida cláusula, a denúncia não terá efeito senão um ano depois de registrada na Repartição Internacional do Trabalho³⁶.

Portanto, as Convenções da OIT não se restringem a prever um período de aviso prévio — o qual constitui o lapso temporal entre a comunicação formal da denúncia e a produção de seus efeitos jurídicos³⁷. Pelo contrá-

ficar as Convenções da OIT. Todavia, de toda sorte, esse artigo da Constituição da OIT encoraja os Estados membros a assim proceder. No caso do direito brasileiro, o artigo 19 da Constituição da OIT impõe ao Presidente da República a obrigação de apresentar ao Congresso Nacional a convenção aprovada pela Conferência internacional do Trabalho. Isso distingue sobremaneira as convenções da OIT dos demais tratados internacionais. Segundo Haroldo Valladão, após a assinatura ou adoção do texto de um tratado internacional, o Presidente da República não tem, como regra geral, o dever de enviá-lo ao Congresso Nacional, podendo entender que tal envio não é oportuno ou conveniente. VALLADÃO, Haroldo. *Submissão ao Congresso Nacional de Convenções adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho*. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (Org.). *Pareceres dos consultores do Itamaraty. (1961-1971)*. Brasília, Senado Federal, 2002. v. 6. p. 25-26.

35 Segundo Kelvin Widdows, essa cláusula-padrão foi, pela primeira vez, encampada pela Convenção n. 26 de 1928 concernente à instituição de métodos de fixação de salários mínimos. Após essa convenção, as Convenções da OIT passaram a ter tal cláusula-padrão. WIDDOWS, Kelvin. *The denunciation of International Labour Conventions*. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 33, n. 4, p. 1052-1063, Oct. 1984.

36 Essa cláusula-padrão está inserida na Convenção n. 158 da OIT: “Artigo 17. 1. Todo Membro que tiver ratificado a presente Convenção poderá denunciá-lo no fim de um período de 10 (dez) anos, a partir da data da entrada em vigor inicial, mediante um ato comunicado, para ser registrado, ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho. A denúncia tornar-se-á efetiva somente 1 (um) ano após a data de seu registro. 2. Todo Membro que tiver ratificado essa Convenção e que, no prazo de um ano após a expiração do período de 10 (dez) anos, mencionado no parágrafo precedente, não fizer uso do direito de denúncia previsto neste artigo ficará obrigado por mais um período de 10 (dez) anos, e, sucessivamente, poderá denunciar essa Convenção no fim de cada período de 10 (dez) anos, nas condições previstas neste artigo”.

37 A estipulação desse lapso temporal é frequente nos tratados internacionais, de um modo geral. CHRISTAKIS, Théodore. *Dénonciation ou retrait dans le cas d'un traité ne contenant pas de dispositions relatives à l'extinction, à la dénonciation ou au retrait : commentaire de l'article 56 de la Convention de Vienne de 1986 sur*

rio, elas estipulam uma disciplina mais rígida sobre essa questão, trazendo uma limitação adicional à soberania estatal: a estipulação de um período durante o qual a denúncia não é admitida.

Independentemente da denúncia ou da ratificação da Convenção da OIT, os órgãos da OIT mantêm as suas atribuições de exercer a vigilância sobre as legislações e práticas nacionais trabalhistas que dizem respeito às convenções aprovadas por essa organização internacional. É o que prevê o artigo 19, §5, alínea “e” da Constituição da OIT, ao estipular a obrigação dos Estados membros de informar a OIT sobre o estado de sua legislação e prática relativamente à questão tratada nas Convenções da OIT, ainda que elas não tenham sido ratificadas.

Em síntese, na perspectiva do direito da OIT, a reentrada em vigor no plano doméstico da Convenção n. 158 não apresenta qualquer tipo de problema. Pelo contrário, tal reentrada em vigor favorece a aplicação, no direito doméstico, de uma convenção internacional aprovada por essa organização internacional. Nessa ordem de ideias, tal reentrada em vigor contribui para que as finalidades da OIT sejam cumpridas, porquanto aplicação de tais convenções contribui para o objetivo de realização da justiça social previsto na constituição dessa organização internacional³⁸.

2. A REENTRADA EM VIGOR DA CONVENÇÃO N. 158 NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA E OS SEUS EFEITOS SOBRE AS RELAÇÕES DE TRABALHO

Caso o Decreto n. 2.100/1996 seja efetivamente considerado inconstitucional pelo STF³⁹ e seja reconhe-

le droit des traités. In : CORTEN, Olivier; KLEIN, Pierre (Org.). *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités : commentaire article par article*. Bruxelles: Bruylant, 2007. p. 2011-2014.

38 Para Jean-Michel Bonvin, a função principal da OIT é justamente a de elaborar convenções internacionais sobre o trabalho. Daí o título de sua obra: “a OIT, estudo sobre uma agência produtora de normas”. BONVIN, Jean-Michel. *L'Organisation internationale du travail: étude sur une agence productive de normes*. Paris: Presses Universitaires de France, 1998.

39 É interessante observar que o Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região chegou a antecipar-se à conclusão do julgamento pelo STF, ao editar a súmula n. 42. Nos termos da referida súmula: “INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO 2.100/96. DENÚNCIA UNILATERAL DA CONVENÇÃO 158 DA OIT. A Convenção 158 da OIT é um tratado de direito humano social. A aprovação e ratificação de um tratado de direitos humanos é um

ato complexo, necessitando da conjugação da vontade de dois Poderes (Legislativo e Executivo), em claro respeito ao princípio da separação dos poderes previsto no artigo 2º da CR/88, bem como ao sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) consagrado na forma republicana de governo. Logo, a denúncia unilateral pelo Presidente da República (por meio de decreto) da Convenção 158 ratificada pelo Congresso Nacional é formalmente inconstitucional, por violação ao procedimento previsto no art. 49, I, da CF.” Contudo, após reações negativas da edição da súmula, o TRT recuou e suspendeu a eficácia da Súmula até a decisão final do STF.

Dois efeitos da Convenção n. 158 sobressaem nas relações trabalhistas brasileiras: a imposição ao empregador do dever de justificar o término da relação de emprego, quando essa última ocorrer por sua iniciativa (2.1.); e a imposição ao empregador do dever de consultar os representantes dos trabalhadores quando o término da relação de emprego se der por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos (2.2.). Essa dupla obrigação, conforme se verá adiante, trará importantes mudanças para a disciplina do despedimento no Brasil.

2.1. A imposição do dever ao empregador de justificar o despedimento

A principal disposição da Convenção n. 158 da OIT é, sem dúvida, o seu artigo 4º, o qual tem a seguinte redação:

Art. 4º. Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

Como escreve a Comitê de especialistas da OIT, tal artigo impõe, ao empregador, a obrigação de apresentar

ato complexo, necessitando da conjugação da vontade de dois Poderes (Legislativo e Executivo), em claro respeito ao princípio da separação dos poderes previsto no artigo 2º da CR/88, bem como ao sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) consagrado na forma republicana de governo. Logo, a denúncia unilateral pelo Presidente da República (por meio de decreto) da Convenção 158 ratificada pelo Congresso Nacional é formalmente inconstitucional, por violação ao procedimento previsto no art. 49, I, da CF.” Contudo, após reações negativas da edição da súmula, o TRT recuou e suspendeu a eficácia da Súmula até a decisão final do STF.

40 Sobre o assunto, v. MAGANO, Octávio Bueno. Convenção n. 158 da OIT. In: BAPTISTA, L. O.; Fonseca, J. R.. F. (Coord.). *O direito internacional no terceiro milênio: estudos em homenagem ao Prof. Vicente Marotta Rangel*. São Paulo: LTr, 1998. p. 351-358; BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. A responsabilidade do Brasil perante a OIT em face da não-aplicação da Convenção 158. *Revista do Direito do Trabalho*, ano 25, n. 96, p. 105-113, 1996; e CASELLA, Paulo Borba. A Convenção n. 158 da OIT: as relações entre o direito interno e direito internacional. *Revista Ltr. Legislação do Trabalho*, v. 60, p. 900-909, 1996, e SOARES FILHO, José. *A proteção da relação de emprego: análise crítica em face das normas da OIT e da legislação nacional*. São Paulo: Ltr, 2002.

justificativas válidas, quando ele põe fim à relação de emprego com o seu empregado⁴¹.

O Comitê de especialistas da OIT elucida quais seriam as justificativas que podem ser consideradas válidas para o término da relação de emprego, nos termos do artigo 4º. Em relação à capacidade do trabalhador prevista nesse artigo, ela pode assumir duas formas: a) falta de qualificação ou de aptidão profissional para a realização de determinadas tarefas; e b) insuficiência no exercício da profissão que não resulte de má vontade do trabalhador ou ainda de uma doença ou um ferimento de que o trabalhador sofra. No que respeita ao comportamento do trabalhador, o Comitê de especialistas da OIT dividiu-o em duas categorias: a) má execução das tarefas para as quais o trabalhador foi contratado, como a negligência ou a desobediência às ordens legítimas do empregador; e b) as diversas formas de comportamento reprovável do trabalhador, como a indisciplina, a violência, a perturbação da tranquilidade no ambiente de trabalho.

Em relação à essas duas hipóteses relativas à capacidade ou comportamento do trabalhador, o artigo 7º da Convenção confere-lhe o direito de se defender contra as repreensões que lhe são dirigidas, antes que a demissão seja levada a efeito⁴². O Comitê de especialistas da OIT salienta a importância da adoção de medidas mais brandas antes que a demissão seja efetivada, como a advertência ao trabalhador sobre a sua conduta inadequada ou a má qualidade de seu trabalho⁴³.

Quanto às necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço, a que faz alusão o artigo 4º, o Comitê de especialistas da OIT afirma que elas compreendem razões de natureza econômica, técnica, estrutural ou análogas. A compressão da mão-

-de-obra de uma empresa por motivos econômicos ou tecnológicos, por exemplo, amolda-se a essas razões⁴⁴.

A Convenção n. 158 não se restringe a impor a obrigação, ao empregador, de justificar o despedimento. Ela prevê, também, o remédio jurídico quando da violação dessa obrigação. Segundo o seu artigo 8º da convenção em apreço, o trabalhador que considerar injustificado o término de sua relação de trabalho terá direito de recorrer a um organismo neutro, como, por exemplo, um tribunal do trabalho, uma junta de arbitragem ou um árbitro. De acordo com o artigo 9º, os organismos mencionados no artigo 8º estarão habilitados para examinar as causas alegadas para justificar o despedimento e todas as demais circunstâncias ligadas ao caso, bem como para se pronunciar sobre o despedimento ser ou não justificado.

O artigo 10º, por sua vez, estabelece quais medidas tais organismos poderão adotar, caso conclua que a demissão ocorreu por um motivo não considerado válido:

Se os organismos mencionados no artigo 8 da presente Convenção chegarem à conclusão de que o término da relação de trabalho é justificado e se, em virtude da legislação e prática nacionais, esses organismos não estiverem habilitados ou não considerarem possível, devido às circunstâncias, anular o término e, eventualmente, ordenar ou propor a readmissão do trabalhador, terão a faculdade de ordenar o pagamento de uma indenização adequada ou outra reparação que for considerada apropriada.

O artigo 10º da Convenção n. 158 esteve no cerne da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1480-3 (ADI 1480-3)⁴⁵. Na espécie, requereu-se a suspensão

41 “The need to base termination of employment on a valid reason is the cornerstone of the Convention’s provisions. The adoption of this principle removes the possibility for the employer to unilaterally end an employment relationship of indeterminate duration by means of a period of notice or compensation in lieu thereof”. *PROTECTION* against unjustified dismissal: Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (articles 19, 22 and 35 of the Constitution). Geneva: International Labour Office, 1995. p. 30.

42 Nos termos desse artigo, esse dever apenas não será imposto ao empregador na eventualidade de não ser razoável que se lhe faça essa exigência.

43 *PROTECTION* against unjustified dismissal: Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (articles 19, 22 and 35 of the Constitution). Geneva: International Labour Office, 1995. P. 37-38.

44 A Convenção n. 158 toma o cuidado de prever um elenco exemplificativo de razões que não podem ser admitidas como motivo válido para demitir um trabalhador: a) a filiação a um sindicato ou a participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento de empregador, durante as horas de trabalho; b) ser candidato a representante dos trabalhadores ou atuar ou ter atuado nessa qualidade; c) apresentar uma queixa ou participar de um procedimento estabelecido contra um empregador por supostas violações de leis ou regulamentos, ou recorrer perante as autoridades administrativas competentes; d) a raça, a cor, o sexo, o estado civil, as responsabilidades familiares, a gravidez, a religião, as opiniões políticas, a ascendência nacional ou a origem social; e) a ausência do trabalho durante a licença-maternidade; e f) a ausência temporária do trabalho por motivo de lesão ou de doença. V. os artigos 5º e 6º da Convenção em apreço.

45 BORGES, Daniel Damasio. O direito ao trabalho: reflexões em torno da superação de uma clássica distinção entre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Org.). *O STF e o di-*

liminar da aplicação da Convenção n. 158 da OIT, em virtude de sua alegada inconstitucionalidade. Na época do julgamento, diferentes decisões de primeira instância da Justiça do Trabalho haviam assegurado, com base no aludido artigo 10º da Convenção, o direito à reintegração em caso de demissões ocorridas sem motivo válido.

Dois ordens de inconstitucionalidade foram aduzidas pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) em seu pedido de liminar. A primeira de natureza formal, a qual diz respeito ao conjunto da Convenção n. 158. Segundo o STF, o inciso I do artigo 7 da Constituição Federal reserva às leis complementares a temática da proteção da relação de emprego. Com efeito, nos termos desse inciso, assiste aos trabalhadores o direito à relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, *nos termos de lei complementar* (grifos nossos). Por esse motivo, essa temática não poderia ser disciplinada por um tratado internacional, o qual teria status de lei ordinária na ordem jurídica brasileira.

Sob o aspecto material, o ponto central foi precisamente o aludido artigo 10º da Convenção 158. Em particular, foi objeto de censura a possibilidade de se ordenar a reintegração do trabalhador, caso ele tenha sido demitido sem um motivo válido para tanto. Tal reintegração contrariaria a opção constitucional pela indenização como remédio jurídico na hipótese de demissão sem motivo válido. Sublinhou-se, a esse respeito, a alusão explícita do texto constitucional à “indenização compensatória” (art. 7º, inciso I da CF de 1988).

No julgamento do pedido de liminar, o STF não chegou a suspender a eficácia da Convenção, mas reduziu, substancialmente, o seu alcance jurídico para as relações trabalhistas brasileiras.

No voto que prevaleceu no julgamento, o ministro Celso de Mello Para Celso de Mello, a Convenção n. 158 seria meramente uma “proposta de legislação” a qual estabeleceria, apenas, certas diretrizes gerais na disciplina da proteção da relação de emprego. Para que tais diretrizes fossem concretizadas, seria indispensável a ulterior intervenção legislativa a qual detalhasse essas diretrizes e lhes atribuisse efeito. E tal intervenção legislativa, ressaltou Celso de Mello, deveria se dar, necessariamente, por leis complementares, na forma como a Constitui-

reito internacional dos direitos humanos. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 579-599. Todavia, a posição que aqui defendemos difere, substancialmente, do artigo mencionado, especialmente no que se refere às repercussões da Convenção n. 158 para a ordem jurídica brasileira.

ção assim prevê. Tratados internacionais não poderiam fazê-lo, uma vez teriam *status* de leis ordinárias.

Por esses motivos, Celso de Mello concluiu que a Convenção n. 158 não teria caráter autoaplicável, contrariamente ao que haviam decidido diferentes juízes de trabalho de primeira instância. Por esses motivos, a única interpretação constitucionalmente admissível da Convenção n. 158 seria a de considerá-la não autoaplicável.

Além do mais, Celso de Mello entendeu que a única forma de reparação constitucionalmente válida para a demissão sem motivo válido seria a indenização, o que excluiria a reintegração aludida no art. 10º da Convenção 158. Por conseguinte, a Convenção n. 158 deveria ser, apenas, interpretada no sentido de assegurar a indenização.

Após esse acórdão sobre o pedido da liminar, a Convenção n. 158 foi denunciada pelo governo brasileiro. A ação direta de inconstitucionalidade foi, então, extinta, em virtude da perda superveniente de seu objeto. Naturalmente, sendo a denúncia considerada inconstitucional e sendo reconhecida a repriminção da Convenção 158, revivam-se as discussões da ADI 1.480-3. Novamente, colocam-se as questões da constitucionalidade da Convenção 158, de sua autoaplicabilidade e de suas repercussões para o direito do trabalho brasileiro.

Sobre a ausência de autoaplicabilidade da Convenção 158, o ministro Celso de Mello pôs ênfase no modo pelo qual as suas disposições foram formuladas, as quais seriam demasiadamente genéricas para serem consideradas aplicáveis, sem o detalhamento de uma legislação ulterior.

A redação dos artigos da Convenção 158 não nos parece ser o critério determinante dessa questão, tanto mais porque tais artigos não são homogêneos em seu grau de precisão.

Em sua influente obra sobre a aplicação das Convenções da OIT pelos tribunais nacionais, Virginia Leary demonstrou que o caráter autoaplicável ou não de suas disposições varia de um ordenamento jurídico ao outro, em função das características de cada qual⁴⁶. Entre tais

46 “A treaty is self-executing if municipal courts can apply it immediately and without further implementing acts, to individuals. [...] The criteria for determining whether a provision is self-executing or directly applicable are not the same in each country and much confusion exists concerning the classification of provisions in this regard. A treaty provision may well be considered self-executing in one jurisdiction and not in another”. LEARY, Virginia. *International*

predicados, sobrelevam o papel reconhecido ao Poder Judiciário na aplicação e interpretação de tratados que versam sobre direitos de indivíduos, a articulação entre direito interno e direito internacional e a presença de normas jurídicas nacionais que já disciplinam a temática versada pelo tratado. Esses predicados são mais importantes na apreciação do caráter autoaplicável ou não dos tratados que a formulação mais genérica ou mais precisa das disposições neles previstas⁴⁷.

Claudia Sciotti-Lam chega a uma conclusão muito similar em sua monografia sobre a aplicabilidade dos tratados internacionais relativos aos direitos humanos nas ordens jurídicas nacionais. Segundo Sciotti-Lam, as convenções sobre direitos humanos não podem trazer, em seu texto, todas as implicações do reconhecimento dos direitos que são nelas previstos. Segundo Sciotti-Lam, tais convenções, para serem aplicadas, dependem das estruturas da ordem jurídica doméstica em que elas serão inseridas⁴⁸.

labour conventions and national law: the effectiveness of the automatic incorporation of treaties in national legal systems. Genebra: Martinus Nijhoff Publishers, 1982. p. 39.

47 V. especialmente LEARY, Virginia. *International labour conventions and national law: the effectiveness of the automatic incorporation of treaties in national legal systems.* Genebra: Martinus Nijhoff Publishers, 1982. p. 96-116. A análise de outros autores sobre a mesma questão vai no mesmo sentido: v., por exemplo, FORTEAU, Mathias. The role of the international rules of interpretation for the determination of direct effect of international agreements. In: AUST, Helmut Philipp; NOLTE, Georg (Ed.). *The interpretation of international law by domestic courts: uniformity, diversity, convergence.* Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 96-112; AKANDJI-KOMBE, Jean-François. De l'invocabilité de sources européennes et internationales du droit social devant le juge interne : après l'arrêt Gisti-FAPI du Conseil d'État du 11 avril 2012. *Droit social*, n. 11-12, p. 1014-1026, Nov./Déc., 2012. Em sua obra acerca da eficácia jurídica das convenções internacionais sobre as pessoas de direito privado, Evelyne Lagrange chega à seguinte conclusão: "En quatrième lieu, la clarté, la précision, la conditionnalité — tous ces critères de l'applicabilité directe généralement admis — ne sont pas vraiment des qualités intrinsèques du traité. En pratique, ce sont d'abord des qualités relatives au système juridique dans lequel le traité s'insère. L'applicabilité directe est affaire d'appréciation concrète de ce que peut le juge en l'état du droit interne. Une norme conventionnelle apparaîtra au juge interne d'une précision suffisante pour qu'il l'applique lui-même si l'ordre juridique interne comporte déjà les éléments d'un régime juridique qui favorise son applicabilité 'instantanée' ou s'il a été déclaré, au moment de la ratification, que l'Etat était en mesure de l'appliquer". LAGRANGE, Evelyne. L'efficacité dans l'ordre juridique interne des normes internationales concernant la situation des personnes privées. *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, Nijhoff, v. 356, 2012. p. 491.

48 SCIOTTI-LAM, Claudia. *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne.* Bruxelles: Bruylant, 2004. p. 442.

No que concerne especificamente à aplicabilidade das Convenções da OIT na ordem jurídica brasileira, deve-se lembrar que elas versam, precipuamente, sobre direitos humanos reconhecidos pelo direito internacional público⁴⁹ e sobre os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição Federal de 1988⁵⁰. Acerca das normas sobre essas matérias, a Constituição Federal de 1998 determina que elas terão aplicabilidade imediata (art. 5º, par. 1º, da CF de 1988). Desse modo, a realização dos direitos fundamentais não pode ficar na dependência de legislação ulterior que esclareça melhor o alcance e significado dessas normas. Caso a aplicação de tais normas suscite dúvidas e ambiguidades, impõe-se a utilização de todos os métodos admitidos pela ordem jurídica brasileira para superá-las.

Em especial, é oportuna a referência ao artigo 4º da Lei de Introdução às Normas de direito brasileiro e o art. 9º da CLT. Eles respaldam o uso da analogia, dos costumes e do direito comparado para suprir as eventuais insuficiências das Convenções da OIT em trazer todos os elementos necessários para torná-las aplicáveis.

À vista dessas considerações, não nos parece correto o referido posicionamento do STF em negar aplicabilidade à Convenção n. 158 por ela supostamente trazer apenas diretrizes gerais para a temática por ela versada. Tal posicionamento contraria, frontalmente, o mandamento da autoaplicabilidade das normas sobre direitos fundamentais e ignora as diferentes técnicas reconhecidas pelo direito brasileiro para esclarecer o sentido e alcance de normas que sejam muito genéricas.

Tampouco nos parece decisiva a objeção fundada na reserva constitucional à lei complementar, prevista no inciso I do art. 7º da CF de 1988. Contrariamente ao que ocorria na época do julgamento da medida liminar da ADI 1480-3, consagrou-se no STF o entendimento de que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm, no mínimo, status supralegal⁵¹. A Convenção

49 V. a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966.

50 Os direitos sociais, inclusive os que tratam sobre o trabalho, estão inseridos no título II da CF de 1988, o qual tem por título "Dos Direitos e Garantias Fundamentais". V. os arts. 6º, 7º e 8º da CF de 1988.

51 V., por exemplo, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Min. César Peluso. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. p. 1144.

158 faz parte desse tipo de tratados, porquanto disciplina o direito ao trabalho, reconhecido pelo direito internacional dos direitos humanos. Sendo assim, ser-lhe-ia reconhecida, ao menos, esse *status* normativo.

Partindo dessa premissa, não nos parece congruente negar aos tratados sobre direitos humanos a possibilidade de tratar sobre temas que a Constituição reserva às leis complementares. A reserva constitucional de lei complementar proíbe, apenas, as leis ordinárias de disciplinar sobre determinados assuntos. Ela não alcança, assim, tipos normativos que têm *status* hierárquico privilegiado, como os tratados sobre direitos humanos. Se os tratados sobre direitos humanos são considerados superiores às leis complementares e, portanto, suscetíveis de derrogá-las, eles podem, em consequência, versar sobre os temas reservados pela Constituição a essas leis.

Portanto, a Convenção n. 158 deve ser considerada autoaplicável e a reserva constitucional à lei complementar não impede que tal autoaplicabilidade lhe seja reconhecida⁵².

Isso não significa dizer, naturalmente, que as decisões de primeira instância da justiça do trabalho, as quais pautaram a ADI 1480-3, estejam corretas, ao reconhecerem aos empregados o direito à reintegração com fulcro na Convenção 158⁵³.

Sob esse aspecto, o voto do ministro Celso de Mello vai na direção correta: a Constituição de 1988 foi explícita em sua preferência pela indenização como forma de reparação ao trabalhador que tenha sido despedido sem motivo válido. Não nos parece necessário discutir se a reintegração, como forma geral de reparação aos demitidos sem motivo válido, seria ou não compatível com a

Constituição de 1988. Basta constatar que a inequívoca preferência constitucional deve ser prestigiada⁵⁴. Ela é plenamente compatível com o artigo 10º da Convenção n. 158 da OIT. Aliás, diferentes Estados que ratificaram a Convenção 158 – a exemplo de França e Espanha – adotam a mesma solução, sem que isso suscite qualquer censura por parte dos órgãos da OIT que fiscalizam o cumprimento de suas convenções⁵⁵. É essa solução, além disso, que prevalece no direito comparado, ao menos nos países que são membros da OCDE⁵⁶.

Contudo, ao contrário do que afirma Celso de Mello, a indenização prevista no artigo 10º do Ato das Disposições Provisórias da Constituição não é a indenização a que faz jus o trabalhador por força do artigo 10º da Convenção 158 da OIT.

As diferenças entre ambas as disposições são substanciais. As disposições transitórias da Constituição apenas obrigam o empregador a pagar quarenta por cento dos valores depositados em seu FGTS, quando ele for demitido sem justa causa. Como se sabe, a justa causa, prevista no artigo 482, disciplina situações em que o contrato de trabalho é rescindido por falta grave do empregado. Assim, o empregador apenas será exonerado do pagamento dessa indenização quando o próprio empregado der causa à rescisão do contrato de trabalho.

Por conseguinte, todo empregado faz jus a essa indenização quando do despedimento, salvo em situações muito especiais em que ele próprio pode ser considerado culpado por esse ato. Não se cuida aqui de uma sanção à obrigação do empregador de justificar o tér-

52 Em defesa da autoaplicabilidade, v. também Silva, Walküre Lopes Ribeiro da e Maior, Jorge Luiz Souto. SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da; MAIOR, Jorge Luiz Souto. Validade e eficácia da Convenção n. 158 da OIT perante o ordenamento jurídico brasileiro. In: BAPTISTA, Luís Olavo; MAZZUOLI, Valério de O. *Direito internacional: doutrinas essenciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1275-1295.

53 A bem dizer, essa leitura não é restrita a essas decisões de primeira instância. Em seu voto dissidente, o ministro Carlos Velloso afirmou que a Convenção n. 158 atribui ao trabalhador um novo direito fundamental não previsto na Constituição de 1988: a possibilidade de se ver reintegrado ao emprego caso ele seja despedido sem motivo válido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI n. 1480-3/ DF. Pleno. (*medida liminar*). Relator: Min. Celso de Mello. Acórdão de 4 de setembro de 1997. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14819932/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1480-df-stf>>.

54 Tal inequívoca preferência constitucional torna-se, ainda, mais saliente se compararmos o texto da Constituição de 1988 com o das constituições anteriores. Quando fala sobre a proteção do emprego, o artigo 7º, inciso I da CF de 1988, não fala em estabilidade, contrariamente aos textos constitucionais anteriores. Com efeito, tanto a Constituição de 1967, tal como emendada em 1969, como a de 1946 e a de 1937 fazem alusão à estabilidade: respectivamente, em seus artigos 165, 167 e 137. Ao contrariar a tradição constitucional brasileira e não mencionar a estabilidade, a Constituição de 1988 demonstra, mais uma vez, que é a indenização, e não a reintegração, a solução constitucional preferida para os casos em o empregado é demitido sem motivo válido.

55 BORGES, Daniel Damasio. *A aplicação das convenções internacionais sobre os direitos sociais relacionados à saúde e ao trabalho na ordem jurídica brasileira: contribuição ao estudo do impacto do direito internacional sobre as políticas sociais brasileiras*. Tese (Doutorado de livre-docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 29-58.

56 OECD Employment Outlook 2013. Employment Outlook 2013. Paris: OECD Publishing. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/empl_outlook-2013-en>. p. 82

mino da relação de emprego por sua iniciativa. Trata-se, na verdade, de uma indenização pela simples perda do emprego, a qual apenas não será devida se o empregado causou ele próprio o seu despedimento.

A indenização do art. 10º da Convenção da OIT, por seu turno, refere-se a uma hipótese bem diferente. Ela corresponde à forma de reparação de um direito previsto no art. 4º da Convenção 158: o direito do trabalhador à continuidade na relação de emprego, a qual apenas poderá ser interrompida se houver motivos válidos para tanto. Motivos válidos, realça-se, que vão muito além da justa causa do direito brasileiro, conforme observado acima.

A Convenção 158 atribui, assim, ao trabalhador o direito de não ser demitido sem motivo válido e a correspondente indenização em caso de violação a esse direito. Ambos constituem uma substancial contribuição da Convenção 158 à ordem jurídica brasileira, pois os trabalhadores brasileiros não possuem tais direitos no direito positivo atual.

Diante dessa constatação, outras indagações surgem: quais seriam os motivos válidos para a demissão do trabalhador e de qual modo eles deveriam ser interpretados? E, ainda: de que modo tal indenização deveria ser calculada, já que a própria Convenção n. 158 não estipula o *quantum* a ser pago ao trabalhador?

No tocante à primeira ordem de indagações, conforme visto, o artigo 4º traz quais seriam os motivos válidos para o despedimento: a capacidade ou o comportamento do trabalhador e as necessidades de funcionamento da empresa. O Comitê de especialistas da OIT, conforme visto acima, ajuda-nos a elucidar em maiores detalhes esses conceitos.

Decerto, nos diferentes ordenamentos jurídicos nacionais que incorporaram as Convenção 158, as legislações nacionais trazem, com frequência, maiores elementos para elucidar os motivos válidos para o despedimento. Esse é notavelmente o caso das demissões justificadas pelas necessidades de funcionamento da empresa — as quais compreendem as razões de natureza econômica, tecnológica ou técnicas ou análogas.

As legislações nacionais de cada Estado modificam-se com frequência nessa seara, dando contornos bem diferentes à caracterização desse motivo de demissão. Na Espanha, por exemplo, as jurisdições trabalhistas foram muito criticadas em razão de sua rigidez em reco-

nhecer determinadas situações econômicas como motivo suficiente para as demissões. Em especial, haveria um grande grau de insegurança jurídica sobre a projeção no futuro da hígidez financeira das empresas. Por esses motivos, a lei espanhola n.3/2012 definiu com maior precisão a caracterização das situações que seriam justificativas válidas às demissões: a diminuição durante três trimestres consecutivos dos níveis de receitas e de vendas das empresas relativamente aos trimestres do ano anterior⁵⁷. Em sentido similar, a lei francesa n. 2016-1088 de 8 de agosto de 2016 fixou balizas mais objetivas para a aferição de motivos econômicos suficientemente fortes para justificar demissões, a exemplo do número de trimestres de diminuição de encomendas e de faturamento das empresas⁵⁸.

57 Os sindicatos espanhóis chegaram a questionar a compatibilidade dessa mudança legislativa com a Convenção n. 158 perante a OIT. Antes da referida mudança, o Estatuto dos Trabalhadores atribuía às jurisdições trabalhistas o poder de decidir se as demissões eram razoáveis tendo em vista o objetivo de preservar a competitividade da empresa. Essa disposição era muito criticada pelos empresários, porquanto dava margem a diferentes interpretações, o que causaria uma ingerência excessiva dos tribunais na gestão das empresas. Daí a ideia de fixar-se um critério mais objetivo para definir as justificativas econômicas válidas de uma demissão. Para os sindicatos, essa alteração legislativa violava a Convenção n. 158 da OIT. O Comitê da OIT, criado para apreciar essa reclamação dos sindicatos espanhóis, não lhes deu razão. Para o Comitê, mesma com a reforma, os tribunais espanhóis continuavam competentes para: a) apreciar a validade das razões da demissão e as circunstâncias do caso; e b) determinar se as demissões foram efetivamente motivadas pelas razões aduzidas pelo empregador. Tais poderes das jurisdições espanholas seriam suficientes para o cumprimento das disposições da Convenção n. 158. *Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Spain of the Termination of Employment Convention, submitted under article 24 of the ILO Constitution by the Trade Union Confederation of Worker's Committees and the General Union of Workers*. International Labour Office, Genebra, 13 de junho de 2014, GB.321/INS/9/4, § 263. Sobre essas mudanças da legislação trabalhista espanhola, v. especialmente PUEBLA, Eduardo Martín. La réforme du marché de travail espagnol et les juges. *Revue de droit du travail*, n. 5, p. 350-357, Mai. 2015.

58 V. o art.1233-3 do Código de Trabalho francês: “Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d’une suppression ou transformation d’emploi ou d’une modification, refusée par le salarié, d’un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment: 1° A des difficultés économiques caractérisées soit par l’évolution significative d’au moins un indicateur économique tel qu’une baisse des commandes ou du chiffre d’affaires, des pertes d’exploitation ou une dégradation de la trésorerie ou de l’excédent brut d’exploitation, soit par tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés. Une baisse significative des commandes ou du chiffre d’affaires est constituée dès lors que la durée de cette baisse est, en comparaison avec la même période de l’année précédente, au moins égale à : a) Un trimestre pour une entreprise de moins de onze salariés; b) Deux tri-

Como se sabe, esses critérios inexistem na legislação brasileira, o que outorgaria à Justiça do trabalho brasileira o poder de decidir quais seriam essas situações econômicas. É preciso reconhecer que uma interpretação demasiadamente rígida dessas noções poderia levar a um engessamento exagerado da atividade econômica, forçando empresas a manterem os seus empregados em circunstâncias financeiras muito adversas ou ainda as constringendo a manter em seu seio uma mão-de-obra ociosa.

Convém ressaltar que a Convenção n. 158 não refrenda essa leitura rígida. Nos termos do artigo 9º, § 3º, da Convenção n. 158, quando os motivos da demissão são analisados pela instância competente do Estado-parte para conhecer de uma reclamação trabalhista, tal instância deverá estar habilitada para examinar se o término da relação de emprego foi realmente devido às necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço — alegadas pelo empregador. Contudo, ressalva o parágrafo, a fixação dos limites dos poderes das jurisdições trabalhistas, para decidir se tais necessidades são suficientes para justificar o despedimento, ficará a cargo de cada Estado-parte. A Convenção 158 não impõe, portanto, a obrigação de Estados-partes de exercerem um controle estrito sobre as motivações econômicas alegadas pelos empregadores para justificar as demissões. Assim, cada Estado é livre para determinar se as jurisdições trabalhistas terão mais ou menos poderes para apreciar se as razões econômicas aduzidas pelos empregadores são substanciais o bastante para justificar as demissões⁵⁹.

mestres consécutifs pour une entreprise d'au moins onze salariés et de moins de cinquante salariés; c) Trois trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins cinquante salariés et de moins de trois cents salariés ; d) Quatre trimestres consécutifs pour une entreprise de trois cents salariés et plus ; 2º A des mutations technologiques ; 3º A une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité ;4º A la cessation d'activité de l'entreprise. La matérialité de la suppression, de la transformation d'emploi ou de la modification d'un élément essentiel du contrat de travail s'apprécie au niveau de l'entreprise [...]”.

59 “Where workforces’ reductions are concerned, the employer must therefore clearly have a valid reason within the meaning of Article 4 of the Convention. But it is left to each country to determine whether the extent to which the impartial bodies before which appeals may be brought against termination of employment should be empowered to review the employer’s judgment as to operational requirements, that is, the extent to which they are to be empowered to decide whether the reasons, which are valid by their nature, are sufficiently important to justify the termination of employment”. PROTECTION against unjustified dismissal: Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recom-

Em sua aplicação no caso brasileiro, essa flexibilidade da Convenção 158 deve ser mantida, sendo vedado às jurisdições trabalhistas aprofundar-se, demasiadamente, na gestão das empresas. Não é da alçada da Justiça trabalhista impor a sua própria visão de como a mão-de-obra da empresa deve ser administrada em situações de crise econômica ou que demandam uma reformação dos processos de produção. Isso seria consagrar o poder dos juízes de substituírem as suas próprias visões a dos empresários na gestão da atividade econômica e a consagração da economia dirigida pelo Poder Judiciário, o que não se coaduna com o princípio constitucional da livre-iniciativa. É mais adequado que o Poder Judiciário se circunscreva a apreciar se a demissão faz parte do rol de repostas razoáveis a tais situações, adotando-se por parâmetro o modelo de um empresário prudente e responsável⁶⁰.

A esse respeito, as convenções e recomendações da OIT não são insensíveis à necessidade das empresas de terem uma organização de sua mão-de-obra eficiente e produtiva. A recomendação n. 166 da OIT de 1992 sobre o término da relação de emprego por iniciativa do empregador faz a seguinte ressalva: a imposição de obrigações ao empregador nas demissões motivadas por razões econômicas não se deve dar em prejuízo da organização eficiente da empresa⁶¹. A Convenção n. 122 da OIT sobre a política de emprego⁶², a qual guarda estreita pertinência temática com a Convenção n. 158, estabelece a obrigação dos Estados-partes de adotarem “uma política ativa com vista a promover o pleno emprego, *produtivo* e livremente escolhido”⁶³.

mendations (articles 19, 22 and 35 of the Constitution). Geneva: International Labour Office, 1995. p. 81.

60 Uma leitura mais flexível da análise das justificativas alegadas pelos empregadores para fundamentar as demissões prevalece no direito de trabalho inglês, por exemplo. Em contraposição, no direito do trabalho francês, os juízes tradicionalmente exercem um controle mais rigoroso sobre os motivos alegados pelos empregadores quando da demissão. Contudo, mesmo no direito francês, esse maior rigor foi posto em causa por recentes modificações legislativas, a exemplo da lei 2016-1088 de 8 de agosto de 2016. Sobre essas diferenças, v. FIORENTINO, Allison. *La rupture du contrat de travail en droit anglais: droit comparé anglais et français*. Presses universitaires d’Aix-Marseille: Aix-en-Provence, 2008. p. 373.

61 V. o artigo 19 da referida recomendação.

62 Essa convenção foi ratificada e promulgada pelo Brasil por meio do Decreto n. 66.499 de 27 de abril de 1970.

63 “Artigo 1º. 1 - Com vista a estimular o crescimento e desenvolvimento econômico, elevar os níveis de vida, corresponder às necessidades de mão-de-obra e resolver o problema do desemprego e do subemprego, cada Membro deverá declarar e aplicar, como objectivo essencial, uma política activa com vista a promover o pleno

A Convenção n. 158 não nos parece, assim, autorizar a imposição, aos empregadores, da obrigação de não demitirem se a empresa estiver em dificuldades financeiras ou ainda se houver mão-de-obra ociosa. Tal interpretação, ademais, contrariaria, frontalmente, o princípio da livre iniciativa, um dos princípios constitucionais da organização econômica. Claro está que o empresário deve exercer a sua atividade empresarial em conformidade com a sua função social. Mas tal função não nos prece abranger a de incorrer prejuízos para manter a mão-de-obra da empresa intacta ou ainda a de manter empregados que não são mais necessários para o processo de produção. A Convenção n. 158 valida a motivação econômica como uma das razões válidas para o despedimento. Conforme observa Bernardo da Gama Lobo Xavier, uma empresa não é uma grilheta arrastada pelo empresário e nem uma agência de emprego dos seus trabalhadores⁶⁴. Seria desproporcional e, portanto, excessivo impor apenas ao empresário a obrigação de resguardar o emprego de seus funcionários. Tal tarefa incumbe, precipuamente, ao Estado, por meio de uma política econômica e social que vise ao pleno emprego⁶⁵. Ademais, conforme se verá no próximo item, outras obrigações, que não a manutenção do emprego a todo custo, impõem-se aos empregadores nas demissões por motivação econômica, o que permite que a função social da empresa seja cumprida.

Assim, se não for interpretada de modo excessivamente rígida, a Convenção n. 158 valida plenamente a motivação econômica como justificativa para os despedimentos. Parece-nos que a Justiça trabalhista deverá ter especial cuidado em analisar essa motivação econômica, de modo a não se esmiuçar excessivamente na gestão das empresas.

Quanto à determinação da quantia exata da indenização prevista no artigo 10º da Convenção n. 158 da OIT, os parâmetros do direito comparado nos parecem

emprego, produtivo e livremente escolhido. 2 - Esta política deverá procurar garantir: a) Que haverá trabalho para todas as pessoas disponíveis e que procuram trabalho; b) Que esse trabalho será tão produtivo quanto possível; c) Que haverá livre escolha de emprego e que cada trabalhador terá todas as possibilidades de adquirir as qualificações necessárias para ocupar um emprego que lhe convenha e de utilizar, neste emprego, as suas qualificações e os seus dons, independentemente da sua raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social”.

64 XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *O despedimento coletivo no dimensionamento da empresa*. Lisboa: Editorial Verbo, 2000. p. 406-407.

65 V. o art. 1º da Convenção n. 122 da OIT sobre a política de emprego.

ser de grande valia. Em seu extenso estudo sobre a legislação de proteção ao emprego de seus Estados membros, a OCDE afirmou que a indenização média prevista para as demissões sem motivo válido corresponde à quantia de 6 (meses) de salário por vinte anos de tempo de serviço na empresa. O mesmo estudo demonstra que os valores são muito heterogêneos entre os países, o que lhes atribui um maior ou menor rigidez no mercado de trabalho.⁶⁶

Diante da ausência de normas nacionais e internacionais que estabeleçam rigorosamente o montante dessa indenização, não nos afigura despropositado adotar essa média internacional para esse cálculo. Desse modo, não se faria uma opção nem por normas que estabeleçam um número demasiadamente elevado, nem por normas que fixem um montante muito reduzido. Adotar tal média seria mais prudente, visto que o legislador nacional não fez nenhuma opção explícita por nenhuma das duas soluções. Além do mais, optar por um valor demasiadamente elevado poderia trazer efeitos contraproducentes, como a segmentação do mercado de trabalho⁶⁷.

66 “Adequately high and predictable compensation orders in the case of unfair dismissal — over and above the amounts due for notice periods and as ordinary severance pay — are probably as effective in protecting workers against arbitrary behaviours as reinstatement orders. At the same time, a preference of courts for compensation in their choice of remedies guarantees a minimum certainty to employers about potential costs. Among OECD and key emerging economies, the highest typical compensation (in terms of months of former pay) for unfair dismissal of an employee with 20 years of job tenure can be found in Sweden (32 months), Italy (estimated at 21 months), China (20 months), Portugal (17.5 months) and France (16 months). These amounts appear particularly high if compared with the OECD average, which is close to six months. By contrast, very low compensation, beyond ordinary severance pay and/or advance notice, is typically ordered in Estonia and Poland as well as Brazil and Saudi Arabia”. OECD Employment Outlook 2013. Employment Outlook 2013. Paris: OECD Publishing. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/empl_outlook-2013-en>. p. 80.

67 Leis muito severas de proteção ao emprego podem conduzir a efeitos colaterais indesejáveis, especialmente à chamada segmentação do mercado de trabalho. Nesse quadro, haveria uma divisão do mercado do trabalho: os trabalhadores do mercado formal e que dispõem de contratos de trabalho por tempo indeterminado estariam protegidos das flutuações econômicas em virtude das altas indenizações previstas em casos de demissões sem motivo válido, ao passo que os trabalhadores do mercado informal e que dispõem de formas precárias de contratação laboral — como os contratos temporários — arcariam praticamente sozinhos com os custos dessas flutuações. Em Portugal, cuja legislação em matéria de despedimento é particularmente rígida, utiliza-se, com excessiva frequência, os contratos de trabalho temporários, além de se recorrer ao trabalho autônomo — conhecidos como “recibos verdes” — em situações que corre-

Objetar-se-á, sem dúvida, que a ausência de normas nacionais detalhando a aplicação da Convenção n. 158 engendrará uma grande insegurança jurídica. Deveras, é possível que decisões judiciais muito conflitantes surjam a partir da aplicação da Convenção n. 158. São dignas de menção, aliás, as decisões de primeira instância dos anos noventa que asseguravam o direito à reintegração com base na Convenção n. 158, o que nos parece ser, conforme dito, um grande equívoco.

Esses riscos não invalidam, porém, a premência em se assegurarem os direitos previstos na Convenção n. 158. Conforme dito, ela trata de direitos fundamentais, cuja aplicabilidade deve ser assegurada imediatamente, o que lhes dá prioridade sobre os eventuais riscos de sua aplicação.

Tais riscos são, ademais, perfeitamente contornáveis. Os recursos às instâncias trabalhistas superiores serão, certamente, bastante úteis para uniformizar a jurisprudência nacional sobre os parâmetros para a aplicabilidade da Convenção n. 158.

A própria existência de decisões judiciais divergentes sobre o tema pode desatar o nó político que impede a aprovação de leis que elucidam o sentido e alcance das disposições da Convenção n. 158. Tais decisões serão, certamente, um fator de pressão para que o Congresso Nacional possa, enfim, cumprir o inciso I do art. 7 da Constituição Federal de 1998 e regulamentar, por meio de lei complementar, a proteção ao emprego⁶⁸.

spondem na verdade ao trabalho assalariado. A OCDE chamou a atenção para os riscos de tal segmentação. V. especialmente: OECD Employment Outlook 2013. Employment Outlook 2013. Paris: OECD Publishing. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/empl_outlook-2013-en>. p. 68-69. De toda sorte, cabe enfatizar que a excessiva rigidez da legislação trabalhista não decorre do princípio da justificação da demissão, mas do detalhamento de sua aplicação, a exemplo da fixação dos valores das indenizações extremamente elevados em caso de demissões sem motivo válido.

68 No caso do direito ao aviso prévio proporcional, passaram-se décadas sem a regulamentação do inciso XXI, do artigo 7º (“aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”). Foi apenas quando o STF julgou procedente o mandando de injunção n. 1090. Nesse julgamento, os ministros decidiram que eles próprios estabeleceriam a regra de proporção a ser observada entre o aviso prévio e o tempo de serviço na empresa, em face da omissão do legislador em assim o fazer. Eles fizeram alusão a vários critérios do direito comparado nos debates sobre essa determinação. Antes, contudo, que os ministros chegassem a um consenso, foi aprovada a lei n. 12.506 de 11 de outubro de 2011, a qual, enfim, regulamentou o inciso XXI do artigo 7º da CF de 1988. Assim, a possibilidade de o próprio STF substituir-se ao legislador ao regulamentar essa questão parece ter sido decisiva para que o Poder Legislativo não mais se omitisse em regulamentar essa

A importância da Convenção 158 não se restringe, ademais, à imposição da obrigação do empregador de justificar as demissões. Ela abrange, também, na imposição de uma outra obrigação: o dever do empregador de negociar com as instâncias representativas antes dos termos das relações de emprego nos despedimentos por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais e análogos.

2.2. O dever de consultar do empregador de consultar os representantes dos trabalhadores nos despedimentos por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais e análogos

Conforme visto anteriormente, um dos motivos válidos para o despedimento consiste naqueles de natureza econômica, tecnológica, estrutural ou análoga (tais motivos, no direito comparado, são, geralmente, reagrupados pela denominação de despedimento por motivos econômicos)⁶⁹. Nessas situações, a Convenção 158 traz, também, uma outra disposição muito importante, que tem amplas repercussões para a disciplina do despedimento. Cuida-se do artigo 13º da Convenção 158:

1. Quando o empregador prever termos da relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos;

a) proporcionará aos representantes dos trabalhadores interessados, em tempo oportuno, a informação pertinente, incluindo os motivos dos termos previstos, o número e categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados pelos menos e o período durante o qual seriam efetuados esses termos; b) em conformidade com a legislação e a prática nacionais, oferecerá aos representantes dos trabalhadores interessados, o mais breve que for possível, uma oportunidade para realizarem consultas sobre as medidas que deverão ser adotadas para evitar ou limitar os termos e as medidas para atenuar as consequências adversas de todos os termos para os trabalhadores interessados, o mais breve que possível, uma oportunidade para realizarem consultas sobre as medidas que deverão ser adotadas para evitar ou limitar os termos e as medidas para atenuar as consequências adversas de todos os termos para os trabalhadores afetados, por exemplo, achando novos empregos para os mesmos.

questão. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Injunção 1090*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 6 de fevereiro de 2013. Disponível em: <www.stf.jus>.

69 V., por exemplo: DALMASSIO, Raphaël. *Essai sur le concept de licenciement économique. Étude comparée des droits français et italien*. Paris: LGDJ, 2009.

2. A aplicação do parágrafo 1 do presente artigo poderá ser limitada, mediante os métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Convenção, àqueles casos em que o número de trabalhadores, cuja relação de trabalho tiver previsão de ser terminada, for pelo menos igual a uma cifra ou uma porcentagem determinada do total do pessoal.

Conforme se depreende da leitura do artigo acima citado, os empregadores deverão consultar os representantes dos trabalhadores quando do despedimento motivado por razões econômicas, tecnológicas, estruturais ou análogas. Segundo a Comissão de especialistas da OIT, as consultas não têm nem o sentido de mera informação às entidades representativas dos trabalhadores, nem a conotação de decisão conjunta entre os empregadores e tais entidades. Para a Comissão da OIT, os pontos de vista expressados durante as consultas fazem parte do processo de tomada de decisão em relação às demissões. As consultas, prossegue o Comissão, devem ser organizadas de tal modo a permitir que elas exerçam alguma influência sobre a decisão. Por conseguinte, impõe-se ao empregador a obrigação de agir de boa-fé e de modo transparente, fornecendo às entidades representativas dos trabalhadores todas as informações pertinentes e permitindo-lhes expressar a sua visão sobre o assunto. Desse modo, conclui a Comissão da OIT, as consultas devem ser uma oportunidade para o estabelecimento de um diálogo, o que será benéfico para a manutenção de um clima de harmonia entre empregados e empregadores⁷⁰.

Conforme se depreende da leitura do artigo 13º, consultas têm dois objetivos: a) evitar ou reduzir ao máximo o número de demissões; e b) minorar os impactos sociais das demissões.

Em relação à primeira finalidade, as consultas devem ter por objeto verificar a possibilidade de medidas alternativas à demissão serem adotadas. O artigo em apreço não faz explícita referência ao conteúdo de tais medidas. A recomendação n. 166 da OIT, por sua vez, traz um extenso rol de possíveis atos nesse sentido, *inter alia*: restrições à admissão de novos empregados, redução do número de funcionários de modo escalonado, formação e reciclagem de mão-de-obra, aposentadoria

antecipada de funcionários, redução de horas extras e da jornada de trabalho. A referida recomendação traz ainda uma importante ressalva: tais medidas alternativas serão adotadas sem prejuízo do funcionamento eficaz da empresa⁷¹.

Quanto às ações para atenuar os impactos sociais das demissões, a Recomendação n. 166 traz, também, alguns exemplos, como a assistência na busca de um novo emprego e cursos de formação e de reciclagem profissional para os empregados demitidos⁷².

Nos termos do parágrafo segundo supracitado, a aplicação dessa obrigação poderá ser limitada àqueles casos em que o número de demissões atingir um certo limiar, seja ele calculado em números absolutos, seja ele fixado em percentual dos empregados de uma determinada empresa. De fato, nessas situações, as legislações trabalhistas estabelecem números e percentuais diferentes, para que a obrigação de consulta prévia seja exigida⁷³.

No Brasil, o caso Embraer⁷⁴ foi um precedente muito importante. Na espécie, o TST entendeu que as demissões coletivas devem ser precedidas pela prévia negociação com o respectivo sindicato. Para respaldar tal entendimento, o TST valeu-se, precipuamente, dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da valorização do trabalho e do emprego (art. 1º, IV; 6º e 170, VIII, da CF), da função socioambiental da propriedade (art. 5º, XXIII e 170, III da CF) e da intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI da CF). Por conseguinte, deduziu-se desses princípios constitucionais essa obrigação de prévia negociação.

Conquanto o acórdão tenha se fundado fundamentalmente em princípios constitucionais, a Convenção 158 não esteve ausente na decisão do TST. Em seu voto, o ministro Maurício Godinho Delgado afirmou que a Convenção 158 enuncia princípios gerais de direito do trabalho, os quais deveriam ser considerados a título do art. 8º da CLT⁷⁵.

71 V. os artigos 19 e 22 da referida recomendação.

72 V. o artigo 19 da referida recomendação.

73 Para um panorama dessas legislações dos Estados membros da OCDE: v. OECD Employment Outlook 2013. Employment Outlook 2013. Paris: OECD Publishing. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/empl_outlook-2013-en>.

74 O caso versou sobre a demissão de mais de 4.200 trabalhadores da Empresa Embraer em consequência do agravamento da crise econômica internacional em 2008.

75 O art. 8º da CLT referenda a utilização dos princípios e normas

70 PROTECTION against unjustified dismissal: Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (articles 19, 22 and 35 of the Constitution). Geneva: International Labour Office, 1995. p. 105.

Após o célebre acórdão do caso Embraer, o TST, em diferentes acórdãos, elucidou as situações de demissão em massa, em que seria aplicável a obrigação de prévia negociação com os sindicatos. Fundado em considerações do direito comparado e de direito internacional do trabalho, o TST estimou que não se pode considerar como sendo demissão coletiva o despedimento de empregados que não extrapola a rotatividade normal de mão-de-obra de uma empresa que se encontra inserida na economia de mercado. Para a caracterização da demissão coletiva, elucida a alta jurisdição trabalhista, faz-se indispensável a presença de um fato de ordem econômica, tecnológica ou estrutural e alheia à pessoa do emprego, o qual dê causa a um conjunto de demissões⁷⁶.

A disciplina da demissão coletiva demonstra, assim, que a jurisprudência é capaz de fixar critérios para a interpretação das disposições da Convenção 158, sem que seja indispensável uma legislação ulterior que detalhe a sua aplicação.

Como se sabe, a obrigatoriedade da prévia negociação nas hipóteses de demissões coletivas foi posta em causa pela recente reforma trabalhista — lei n. 13.547 de 2017 —, a qual equiparou as demissões coletivas às individuais. Nos termos da nova redação do art. 477-A da CLT:

as dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação.

Ao estabelecer que as demissões coletivas devam ter o mesmo tratamento jurídico que as demissões individuais, o artigo em tela almejou suprimir a obrigação específica que se impõe aos empregadores na primeira hipótese: a prévia negociação com os sindicatos. No tocante à autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de acordo ou convenção coletiva, convém ressaltar que tal exigência não figura nem na Convenção 158, nem no acórdão do TST do caso Embraer. O que

gerais de direito, principalmente do direito do trabalho. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, *TST-RODC-309/2009-000-15-00.4*. Rel.: Ministro Maurício Godinho Delgado. Acórdão de 10 de agosto de 2009. Disponível no site www.tst.jus.br

76 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso Ordinário n.º TST-RO-147-67.2012.5.15.0000*. Rel.: ministra Maria de Assis Calsing. Acórdão de 15 de abril de 2013. Disponível no site www.tst.jus.br. Em sentido similar, v. também BRASIL. *Recurso Ordinário n. TST-RO-6155-89.2014.5.15.0000*. Brasília, 22 de fevereiro de 2016. Relator: Min. Maria de Assis Calsing.

a Convenção e o mencionado acórdão impõem consistência na obrigação de prévia negociação de boa-fé com o sindicato.

De toda sorte, a supressão dessa obrigação pela lei n. 13.547 de 2017 não deve ser reconhecida, contrariamente ao que fez o presidente do TST em recente julgamento⁷⁷. Em primeiro lugar, tal ato normativo é uma lei ordinária, ao passo que a Constituição de 1988 reserva às leis complementares a disciplina da proteção da relação de emprego (art. 7º, inciso I da CF de 1988). A disciplina das demissões coletivas consiste em um dos modos mais importantes de proteção da relação de emprego, porquanto tais demissões afetam um conjunto apreciável de trabalhadores. Não há, assim, como tratar desse assunto por meio de uma lei ordinária.

Ademais, reconhecida a reinstalação da Convenção 158 e a sua natureza de direito fundamental, as disposições de tal tratado terão, ao menos, *status* supralegal, na linha da jurisprudência recente do STF. Desse modo, é inviável que uma lei ordinária contrarie a Convenção 158, suprimindo direitos que são assegurados aos trabalhadores.

As vantagens da disciplina da Convenção 158 devem ser aqui assinaladas. A Convenção, conforme dito, reconhece a necessidade de a empresa se adaptar às flutuações da economia e às mudanças tecnológicas que diminuem a necessidade da mão-de-obra. Conforme dito, não há, em absoluto, a imposição da obrigação do empregador de manter o emprego em situações de crise econômica ou ainda se a evolução técnica reduzir as necessidades de mão-de-obra da empresa.

Sob esse aspecto, ela é muito mais flexível que certas leis brasileiras que disciplinam determinados setores

77 Na espécie, o então presidente do TST, Ives Gandra da Silva Martins Filho, cassou a medida liminar deferida pela Justiça do Trabalho do Rio Grande do Sul no sentido suspender a demissões de professores sem justos motivos de um estabelecimento privado de ensino superior. Entre os argumentos aduzidos por Martins Filho, figura exatamente a Lei da Reforma Trabalhista. Segundo Martins Filho, “assim, impedir instituição de ensino de realizar demissões nas janelas de julho e dezembro, louvando-se exclusivamente no fato do número de demissões realizadas, ao arpejo da lei e do Princípio da Legalidade, recomenda a intervenção da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, ocasionalmente exercida pela Presidência do TST, para restabelecer o império da lei e impedir o dano irreparável que sofrerá a entidade de ensino, cerceada no gerenciamento de seus recursos humanos, financeiros e orçamentários, comprometendo planejamento de aulas, programas pedagógicos e sua situação econômica”. TST, *Correição Parcial ou Reclamação Correccional (88) N.º 1000393-87.2017.5.00.0000*, decisão de 5 de janeiro de 2018, disponível em www.tst.jus.br

da atividade econômica. Esse é, notavelmente, o caso da Lei n. 9.956 de 12 de janeiro de 2000, que proíbe o funcionamento de bombas de autosserviço nos postos de abastecimento de combustíveis. Ela visa a resguardar o emprego dos frentistas, diante dos avanços tecnológicos que permitem que os consumidores abasteçam os seus veículos sem a assistência desses profissionais. No mesmo sentido, diferentes leis municipais⁷⁸ impõem a presença dos cobradores de ônibus, ainda que o surgimento dos bilhetes de transporte eletrônico tenha a tornado desnecessária e antieconômica.

Tais leis brasileiras constituem uma excessiva intervenção na livre iniciativa, ao dizer explicitamente de que modo dever ser organizada a prestação de determinados serviços. Os objetivos sociais que as permeiam são de duvidosa eficácia, visto que ela preserva empregos obsoletos, em vez de preparar e qualificar os empregados nessas atividades a exercerem outras profissões que sejam demandadas no mercado de trabalho.

Há de ser considerado, ademais, o efeito muito pernicioso dessas leis para a produtividade da organização econômica. No caso dos cobradores de ônibus municipais, os recursos economizados com a extinção desse cargo poderiam ser utilizados para diminuir o valor das passagens de ônibus ou ainda para a construção de novos corredores de ônibus. Tais economias reverteriam, assim, para o conjunto da população, especialmente os usuários de transporte público⁷⁹. Do mesmo modo, as economias geradas pela automação dos postos de combustíveis induziriam à diminuição dos preços dos combustíveis.

78 É o caso, por exemplo, da lei do município de São Paulo n. 13.207 de 9 de novembro de 2001. Em recente julgamento, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a considerou contrária à Constituição do Estado de São Paulo. Entre os motivos de tal entendimento, figurou o vício formal de ela ter sido proposta pelos legisladores municipais. Para a alta jurisdição paulista, a lei versa sobre tema tipicamente administrativo, o que reservaria a iniciativa de sua propositura ao chefe do Poder Executivo municipal. V. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2126725-44.2016.8.26.0000*. Relator: Des. Péricles Piza. Brasília, 7 de junho de 2007. Disponível em: <www.tj.sp.jus.br>.

79 Segundo a Prefeitura de São Paulo, os cobradores arrecadam por ano cerca de R\$ 300 milhões de reais, ao passo que os custos decorrentes de seus salários e demais encargos chegam a R\$ 900 milhões de reais. Para extinguir a função de cobrador, as empresas de ônibus estariam dispostas a reaproveitar os cobradores em outras funções, como motoristas, assistentes administrativos e borracheiros, e criar um programa de demissões voluntárias. “Para pôr fim aos cobradores, Doria estuda tarifa mais cara em dinheiro”. In: Folha de São Paulo, 6 de fevereiro de 2017, disponível em www.folha.com.br.

Em oposição a essas leis brasileiras, a Convenção n. 158 autoriza, claramente, a adoção de técnicas de produção que redundam em demissões. Em contrapartida, sensível aos impactos sociais que essas demissões causam, ela impõe aos empregadores a obrigação de previamente negociar com os representantes dos trabalhadores antes que elas sejam efetivadas. No bojo dessa negociação, como precisa o art. 13 da Convenção, podem ser acordadas tanto medidas que diminuam o número de demitidos — como programas de antecipação de aposentadoria e programas de demissão voluntária —, quanto ações que ajudam os demitidos a se reinserem no mercado de trabalho — como, por exemplo, por meio de programas de requalificação profissional custeados pelo empregador.

A negociação coletiva prevista pelo art. 13º da Convenção 158 torna, assim, menos abrupta e traumática as demissões motivadas por melhorias tecnológicas e por outras causas econômicas. Tal negociação é importante para mitigar socialmente os efeitos das demissões e torná-las mais bem aceitas pelo conjunto dos trabalhadores. À falta de disposições análogas no direito brasileiro, recorresse-se a medidas legislativas de alto custo econômico e duvidosa eficácia social, a exemplo das normas que proíbem a automação dos postos de gasolina. Se os impactos sociais da automação não forem considerados, cria-se um contexto favorável à aprovação de leis que a inviabiliza, em prejuízo da otimização da alocação dos recursos e da produção de bens e serviços mais baratos para os consumidores.

Na Grã-Bretanha, segundo nos relata Hugh Collins, a disciplina do despedimento por motivos econômicos, notadamente a estipulação de indenizações aos trabalhadores prevista no “Redundancy Payments Act” de 1965, tem precisamente por finalidade reduzir as resistências às mudanças na organização produtiva e permitir o uso de novas tecnologias que implicam na diminuição de mão-de-obra. Ao conferir direitos específicos aos trabalhadores demitidos nessas situações, busca-se, de algum modo, compensá-los por arcar com os custos dessas mudanças⁸⁰. Conforme salienta Collins,

80 “It was probably with this objective in mind that the Redundancy Payments Act 1965 was first introduced in Britain. Compensation for economic dismissal was designed not to improve job security, but rather to reduce resistance to change. The underlying aim of government was to increase the international competitiveness of domestic industry by providing guidance on suitable inducements to remove restrictive working practices, and to promote the use of new technologies”. COLLINS, Hugh. *Justice in dismissal: the law of*

a reestruturações empresariais que resultam em maior eficiência da atividade produtiva suscitam questões de justiça distributiva: os trabalhadores que perdem seus empregos devem, de algum modo, ter algum benefício decorrente dessa maior produtividade, o que justificaria as indenizações a serem pagas pelos empresários⁸¹.

A própria experiência brasileira demonstra que é possível suavizar os efeitos sociais decorrentes das reorganizações produtivas que engendram um considerável número de demissões. Antes mesmo do caso Embraer, empresários e trabalhadores, em setores em que os sindicatos são fortes, conseguiram chegar a um acordo para minimizar as repercussões das demissões em massa. Nesses casos, os acordos não decorreram de uma obrigação legal dos empregadores de negociar em casos de demissões coletivas, mas da própria força dos sindicatos, em setores como o bancário e metalúrgico, em fazer valer a sua oposição a essas demissões. Em particular, foram negociados Programas de Demissão Incentivada (PDIs), os quais asseguram aos trabalhadores condições mais vantajosas ao optarem pelo desligamento da empresa⁸².

termination of employment. Oxford: Clarendon Press, 1992. p. 165.

81 “When an employer improves productivity by reducing labour costs through economic dismissals, then it may be argued that those workers who have sacrificed their jobs should partake of some of the benefits to general welfare derived from superior productivity. The case for severance payments thus rests upon a fair distribution of the benefits of business reorganization by compelling the employer to relinquish some of those profits to those who stand to lose the most”. COLLINS, Hugh. *Justice in dismissal: the law of termination of employment*. Oxford: Clarendon Press, 1992. p. 157.

82 A importância desses programas foi reconhecida pelo ministro Luís Roberto Barroso no RE n. 590.415: “30. Os planos de demissão incentivada (PDIs) surgiram na década de oitenta, como recurso pelo qual as empresas procuraram sobreviver aos efeitos da globalização, optando pela redução de custos com pessoal como alternativa emergencial para tornarem-se mais competitivas. A categoria dos bancários foi uma das mais afetadas por tais medidas. Em 1986, era formada por 978.000 trabalhadores. Em 2003, contava com apenas 398.098 empregados. 31. Diante da inevitabilidade da dispensa de um grande número de trabalhadores, os PDIs possibilitam, ao menos, reduzir a repercussão social das dispensas, assegurando àqueles que optam por seu desligamento da empresa condições econômicas mais vantajosas do que aquelas que decorreriam da mera dispensa por decisão do empregador. As demissões coletivas, ao contrário, geram greves, comoção, desemprego e oneração do seguro social”. No acórdão desse recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a transação extrajudicial, na qual se prevê a adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja a quitação ampla e irrestrita das obrigações trabalhistas da empresa, caso tal transação esteja prevista em acordo coletivo. BRASIL. *Recurso Extraordinário 590.415*. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 30 de abril de 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

Assim, bem consideradas essas questões, a aplicação do art. 13º da Convenção da OIT representaria apenas a extensão ao conjunto dos trabalhadores brasileiros de uma prática que já é corrente nos ramos da atividade econômica em que os sindicatos possuem maior poder de negociação.

Por conseguinte, as obrigações previstas pelo art. 13º da Convenção 158 permitem que as empresas cumpram a sua função social e contribuam para atenuar os efeitos das demissões.

Mais uma vez, não se defende tornar as empresas “agências de emprego” ou uma “grilheta” arrastada pelos empresários, para retomar as expressões irônicas de Bernardo da Gama Lobo Xavier⁸³. Não há dúvidas de que as empresas devam se adaptar às flutuações econômicas e às melhores técnicas, tanto mais em um contexto econômico caracterizado pela acirrada competição internacional. Sem essa adaptação, dificilmente empresas sobrevivem em longo prazo, o que acarreta a perda de emprego e de renda de seus empregados.

Todavia, tais adaptações têm com frequência alto custo social e o artigo 13º da Convenção 158, ao impor uma negociação entre capital e trabalho, propicia que tais custos sejam mais bem repartidos. Por esses motivos, tal disciplina torna as demissões em massa, os quais sempre difíceis de serem implementadas, mais bem aceitas pelo conjunto dos trabalhadores e pela sociedade⁸⁴.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A conclusão do julgamento sobre a constitucionalidade da denúncia da Convenção n. 158 da OIT pode significar, sob vários aspectos, um ponto de inflexão para o direito brasileiro.

Ponto de inflexão, ao primeiro lugar, para o direito brasileiro das relações exteriores, ao reforçar o papel do

83 XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *O despedimento coletivo no dimensionamento da empresa*. Lisboa: Editorial Verbo, 2000. p. 406-407.

84 Raphaël Dalmassio chama-nos a atenção para a essa função da disciplina das demissões por causas econômicas: ao impor uma série de obrigações ao empregador, ela torna mais aceitável esse ato de gestão empresarial. Segundo Dalmassio, “[...] ce droit sert également les intérêts des employeurs, leur permettant, sous certaines conditions strictes, de rompre de manière acceptable juridiquement et socialement les contrats de travail de salariés innocents”. DALMASSIO, Raphaël. *Essai sur le concept de licenciement économique. Étude comparée des droits français et italien*. Paris: LGDJ, 2009. p. 17.

Congresso Nacional nessa seara. Deveras, condicionar a denúncia dos tratados à aquiescência congressual colocará fim à longa prática do chefe do Poder Executivo em agir isoladamente no encaminhamento dessa questão. E representará um avanço para o Estado democrático de direito no Brasil, pois impedirá que o Presidente da República possa revogar como uma “canetada”, como se diz prosaicamente, atos normativos internacionais que têm no Brasil, no mínimo, o valor de lei ordinária.

Ponto de inflexão, em seguida, para o direito do trabalho brasileiro, o qual destoará das recentes modificações legislativas aprovadas pelo Congresso Nacional. A Convenção n. 158 assegura aos trabalhadores dois direitos da fundamental importância: a) o de não ser demitido sem um motivo válido; e b) o de ser consultado, por meio de seus representantes, em caso de demissões coletivas.

Tais direitos modificarão, em muito, a fisionomia do direito do trabalho brasileiro, em que prevalece a ampla liberdade dos empresários no ato de demissão. Tais direitos não servem, apenas, para expandir os direitos dos trabalhadores, mas também para legitimar o despedimento, submetendo-lhe a um regime jurídico que o torne mais aceitável tanto para os trabalhadores quanto para a sociedade de um modo geral. Tais direitos representam, também, a consolidação do Estado social à brasileira, por meio da imposição de obrigações às empresas para que elas cumpram a sua função social.

Essa reviravolta no direito do trabalho brasileiro, por meio do direito internacional público, atesta a relevância, cada vez maior, das normas jurídicas internacionais para disciplinar questões que outrora eram do domínio reservado dos Estados. De fato, há uma notável expansão das matérias regidas pelo direito internacional público, o que realça o papel normativo dos tratados em âmbito interno.

Essa abertura do direito brasileiro ao direito internacional, certamente, contribuirá para o seu aperfeiçoamento. Quaisquer que sejam as contingências políticas das mudanças no Poder Executivo e no Poder Legislativo, as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil significam que determinados parâmetros mínimos em matéria de trabalho, acordados internacionalmente, devem ser respeitados. Cumpre, agora, às jurisdições nacionais explorar as múltiplas potencialidades do uso do direito internacional público como alavanca para a melhoria das relações trabalhistas no Brasil.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. Promulgação do Tratado de Comércio e Navegação Brasil-Chile, de 1973: ausência do respectivo decreto: conceito de promulgação de tratados. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty (1952-1960)*. Brasília: Senado Federal, 2001. v. 5.

AKANDJI-KOMBE, Jean-François. De l'invocabilité de sources européennes et internationales du droit social devant le juge interne : après l'arrêt Gisti-FAPI du Conseil d'État du 11 avril 2012. *Droit social*, n.11-12, p. 1014-1026, Nov./Déc., 2012.

BEVILÁQUA, Clóvis. Denúncia de tratado e saída do Brasil da Sociedade das Nações: parecer de 5 de julho de 1926. *Parecer dos consultores jurídicos do Itamaraty*, Brasília, Fundação Alexandre de Gusmão, v.2, (1913-1934), p. 357-374, 2009.

BONVIN, Jean-Michel. *L'Organisation internationale du travail: étude sur une agence productive de normes*. Paris: Presses Universitaires de France, 1998.

BORGES, Daniel Damasio. *A aplicação das convenções internacionais sobre os direitos sociais relacionados à saúde e ao trabalho na ordem jurídica brasileira: contribuição ao estudo do impacto do direito internacional sobre as políticas sociais brasileiras*. Tese (Tese de livre-docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

BORGES, Daniel Damasio. Fundamentos do direito internacional social: o papel do direito internacional público nas políticas sociais. In: DUARTE NETO, José Duarte (Ed.). *Temas de direito público*. São Paulo: Cultura Acadêmica Editora, 2013. p. 75-90.

BORGES, Daniel Damasio. O direito ao trabalho: reflexões em torno da superação de uma clássica distinção entre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Org.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 579-599.

BORGES, Daniel Damasio. Sobre o controle jurisdicional da política externa: notas acerca do caso Battisti no STF. *Revista Direito GV*, v. 10, n. 1, p. 221-244, 2014.

BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. A responsabilidade do Brasil perante a OIT em face da não-aplicação da Convenção 158. *Revista do Direito do Trabalho*, ano 25,

n. 96, p. 105-113, 1996.

BRASIL. *Decreto n. 1.534 de 30 de março de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del1534.htm>.

BRASIL. *Decreto n. 1.855 de 10 de abril de 1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1855.htm>.

BRASIL. *Decreto n. 67.499 de 6 de novembro de 1970*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-67499-6-novembro-1970-409055-publicacaooriginal-1-pe.html>>.

BRASIL. Recurso Extraordinário 590.415. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 30 de abril de 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

BRASIL. *Recurso Ordinário n. TST-RO-6155-89.2014.5.15.0000*. Brasília, 22 de fevereiro de 2016. Relator: Min. Maria de Assis Calsing.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI n. 1480-3/ DF*. Pleno. (*medida liminar*). Relator: Min. Celso de Mello. Acórdão de 4 de setembro de 1997. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14819932/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1480-df-stf>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI n. 3.148-1/TO*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 13 de dezembro de 2006. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/758656/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3148-to>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI n. 1625-3/DF União Federal*. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento ainda pendente. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1675413>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI n. 748-3/RS*. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 1º de julho de 1992. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/454101/pg-1-secao-1-diario-oficial-da-uniao-doude-12-02-2007>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI n. 1480-3/ DF*. Pleno. (*medida liminar*). Relator: Min. Celso de Mello. Acórdão de 4 de setembro de 1997. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14819932/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1480-df-stf>>.

<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14819932/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1480-df-stf>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI n. 1625-3/DF União Federal*. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento ainda pendente. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1675413>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI n. 748-3/RS*. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 1º de julho de 1992. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/454101/pg-1-secao-1-diario-oficial-da-uniao-doude-12-02-2007>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI n. 3.148-1/TO*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 13 de dezembro de 2006. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/758656/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3148-to>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI n. 1480-3/ DF*. Pleno. (*medida liminar*). Relator: Min. Celso de Mello. Acórdão de 4 de setembro de 1997. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14819932/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1480-df-stf>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental em Carta Rogatória n. 8279-4*. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 14 de junho de 1998. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Min. César Peluso. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE n. 71.154*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Oswaldo Trigueiro. Brasília, 4 de agosto de 1971. p. 5-9. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/896118/recurso-extraordinario-re-71154-pr>>.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, *TST-RODC-309/2009-000-15-00.4*. Rel.: Ministro Maurício Godinho Delgado. Acórdão de 10 de agosto de 2009. Disponível em: <www.tst.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso Ordinário n.º TST-RO-147-67.2012.5.15.0000*. Relatora: Min. Maria de Assis Calsing. Brasília, 15 de abril de

2013. Disponível em: <www.tst.jus.br>.

CASELLA, Paulo Borba. A Convenção n. 158 da OIT: as relações entre o direito interno e direito internacional. *Revista Ltr. Legislação do Trabalho*, v. 60, p. 900-909, 1996.

CHRISTAKIS, Théodore. Dénonciation ou retrait dans le cas d'un traité ne contenant pas de dispositions relatives à l'extinction, à la dénonciation ou au retrait : commentaire de l'article 56 de la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités. In : CORTEN, Olivier; KLEIN, Pierre (Org.). *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités : commentaire article par article*. Bruxelles: Bruylant, 2007. p. 2011-2014.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COLLINS, Hugh. *Justice in dismissal: the law of termination of employment*. Oxford: Clarendon Press, 1992.

DALLARI, Pedro. *Constituição e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 2012.

DALMASSIO, Raphaël. *Essai sur le concept de licenciement économique. Étude comparée des droits français et italien*. Paris: LGDJ, 2009.

DOCKÈS, Emmanuel. Le juge et les politiques d'emploi. *Droit social*, n. 9/10, p. 3-9. Sep./Out. 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 2002.

FIORENTINO, Allison. *La rupture du contrat de travail en droit anglais: droit comparé anglais et français*. Presses universitaires d'Aix-Marseille: Aix-en-Provence, 2008.

FORTEAU, Mathias. The Role of the International Rules of Interpretation for the Determination of Direct Effect of International Agreements. In: AUST, Helmut Philipp; NOLTE, Georg (Ed.). *The interpretation of international law by domestic courts: uniformity, diversity, convergence*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 96-112.

GARCIA, Eugênio Vargas. *O Brasil e a Liga das Nações (1919-1926): vencer ou não perder*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2000.

LAGRANGE, Evelyne. L'efficacité dans l'ordre juridique interne des normes internationales concernant la situation des personnes privées. *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, Nijhoff, v. 356, 2012.

LEARY, Virginia. *International labour conventions and national law: the effectiveness of the automatic incorporation of treaties in national legal systems*. Geneva: Martinus Nijhoff Publishers, 1982.

MAGALHÃES, José Carlos de. *O STF e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MAGANO, Octávio Bueno. Convenção n. 158 da OIT. In: BAPTISTA, L. O.; Fonseca, J. R. F. (Coord.). *O direito internacional no terceiro milênio: estudos em homenagem ao Prof. Vicente Marotta Rangel*. São Paulo: LTr, 1998. p. 351-358.

MAGANO, Octávio Bueno. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982.

MORO JÚNIOR, Antônio Aparecido. O trabalho decente no contexto de elevação dos direitos sociais à condição de direitos fundamentais. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 71-93, jul./dez. 2011.

OECD Employment Outlook 2013. Employment Outlook 2013. Paris: OECD Publishing. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/empl_outlook-2013-en>.

PROTECTION against unjustified dismissal: Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (articles 19, 22 and 35 of the Constitution). Geneva: International Labour Office, 1995.

PROTECTION against unjustified dismissal: Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (articles 19, 22 and 35 of the Constitution). Geneva: International Labour Office, 1995.

PUEBLA, Eduardo Martín. La réforme du marché de travail espagnol et les juges. *Revue de droit du travail*, n. 5, p. 350-357, Mai. 2015.

RIBEIRO, Júlio de Melo. Interpretação conforme à Constituição. A lei fundamental como vetor hermenêutico. *Revista de informação legislativa*, v. 46, n. 184, p. 149-170, out./dez. 2009.

RIESENFELD, Stefan A.; ABBOTT, Frederick. "Foreword". In: RIESENFELD, Stefan; ABBOTT, Frederick (Ed.). *Parliamentary participation in the making and operation of treaties: a comparative study*. Hague: Kluwer Academic Publishers, 1994. p. 1-18.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2126725-44.2016.8.26.0000*. Relator: Des. Péricles Piza. Brasília, 7 de junho de 2007. Disponível em: <www.tj.sp.jus.br>.

SCIOTTI-LAM, Claudia. *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*. Bruxelles: Bruylant, 2004.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da; MAIOR, Jorge Luiz Souto. Validade e eficácia da Convenção n. 158 da OIT perante o ordenamento jurídico brasileiro. In: BAPTISTA, Luís Olavo; MAZZUOLI, Valério de O. *Direito internacional: doutrinas essenciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1275-1295.

SOARES FILHO, José. *A proteção da relação de emprego: análise crítica em face das normas da OIT e da legislação nacional*. São Paulo: Ltr., 2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Injunção 1090*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 6 de fevereiro de 2013. Disponível em: <www.stf.jus>.

TOURARD, Hélène. *L'internationalisation des constitutions nationales*. Paris: L.G.D.J., 2000.

VALLADÃO, Haroldo. Submissão ao Congresso Nacional de Convenções adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (Org.). *Pareceres dos consultores do Itamaraty. (1961-1971)*. Brasília, Senado Federal, 2002. v. 6. p. 25-26.

VALTICOS, Nicolas. *Droit international du travail*. Paris: Dalloz, 1983.

WIDDOWS, Kelvin. The denunciation of International Labour Conventions. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 33, n. 4, p. 1052-1063, Oct., 1984.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *O despedimento coletivo no dimensionamento da empresa*. Lisboa: Editorial Verbo, 2000.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Julgados da corte interamericana sobre casos brasileiros e políticas públicas: reflexões acerca de possíveis influências

Sentences of the Inter-American Court on brazilian cases, and public policies: reflections on possible influences

Rafael Osvaldo Machado Moura

Julgados da corte interamericana sobre casos brasileiros e políticas públicas: reflexões acerca de possíveis influências*

Sentences of the Inter-American Court on brazilian cases, and public policies: reflections on possible influences

Rafael Osvaldo Machado Moura**

RESUMO

À luz de noções de políticas públicas, o vertente trabalho analisa o papel desempenhado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação ao Estado brasileiro. O Tribunal Interamericano tem competência para interpretar e aplicar por último as disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos e de outros tratados regionais, a fim de evitar e/ou reparar violações a direitos e garantias previstos em âmbito regional, exercendo, assim, funções de controle de convencionalidade sobre a conduta das instituições públicas nacionais. O problema que este artigo se propõe a responder é: tem a Corte Interamericana interferido na criação e/ou modificação de políticas públicas a serem implementadas no Brasil? Em caso positivo, este trabalho classificará os mencionados julgados da Corte Interamericana, a partir de diretrizes conceituais, da tipologia e do ciclo das políticas públicas.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Corte Interamericana. Políticas Públicas.

ABSTRACT

Within the framework of public policies, the present work analyzes the role played by the Inter-American Court of Human Rights in relation to brazilian State. The Inter-American Court is an autonomous judicial institution whose purpose is the application and interpretation of the American Convention on Human Rights, in order to avoid violation of human rights, and exercising *conventionality control* over the domestic institutions and rules. The question that this article proposes to answer is: has the Inter-American Court influenced in the creation of the brazilian public policies? If so, this paper will classify that decisions based on the stardarts of public policies.

Keywords: Human Rights. Inter-American Court. Public Policies.

* Recebido em: 27/09/2018
Aprovado em: 07/10/2018

** Doutorando e Mestre em Direito, na linha de pesquisa Justiça, Democracia e Direitos Humanos, pelo PPGD da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Promotor de Justiça do Ministério Público do Paraná. Coordenador do Núcleo de Igualdade Étnico-Racial – NUPIER –, do Eixo Política Agrária e do Núcleo de Direitos LGBT, todos do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção aos Direitos Humanos, em Curitiba. Membro colaborador da Comissão de Direitos Fundamentais do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP/GT4). E-mail: rafa.osmoura@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

O tema políticas públicas tem ganhado, cada vez mais, espaço nas discussões acadêmicas, chegando a ponto de ser tratado como disciplina solo. Ademais, tem gerado repercussões a serem estudadas na área do Direito, pois o Estado legislador, que, em sua acepção liberal clássica consistia em um mero definidor de direitos individuais, passou a funcionar como um promotor de metas ou finalidades coletivas, de modo que as leis em sentido amplo passaram a ser também instrumento de governo, impondo tarefas a serem empreendidas pelo poder executivo. Além disso, tal fenômeno colocou o sistema de justiça no centro dos debates acerca das políticas públicas, em razão de ser mecanismo de implementação das leis.

A atuação do governo, nesse novo contexto, tem que corresponder às coordenadas definidas pelo Direito, daí advindo a importância em se trabalhar normativamente com o conceito de políticas públicas.

Portanto, por ter esse caráter marcadamente jurídico, o sistema de justiça tem trabalhado com os marcos normativos que estabelecem as políticas públicas, podendo interpretar e aplicar as normas respectivas, além, é claro, de realizar controle de constitucionalidade.

Assim, é possível falar-se em políticas públicas definidas, em certa medida — no âmbito permitido pelas normas jurídicas, o que por vezes também indevidamente se dá fora de tal margem —, pelo sistema de justiça, isto é, pelo judiciário provocado por Ministério Público e advogados em geral.

De outro lado, hoje não se pode mais falar apenas no sistema de justiça doméstico de cada estado, mas também nos internacionais que irradiam efeitos em casos de violação de direitos por parte dos Estados-nacionais. É o caso do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, formado pelas Comissão e Corte Interamericanas, com atribuição para processar e julgar violações de direitos humanos cometidas pelos Estados partes da Convenção Americana de Direitos Humanos e outros tratados no âmbito interamericano. Tais órgãos internacionais podem declarar a ocorrência de agressão a direitos humanos previstos nos documentos internacionais respectivos, bem como condenar o Estado violador a, entre outras, indenizar as vítimas, adotar medidas para evitar a repetição das violações similares, reparar os danos de diversas formas e reabrir investigações criminais.

Assim, surge a hipótese de que as manifestações da Corte Interamericana estejam a criar determinadas políticas públicas nas áreas ligadas aos temas por ele julgados.

Portanto, o problema do presente artigo, de modo mais delimitado, visa responder ao seguinte questionamento: têm as decisões da Corte Interamericana, proferidas em face do Brasil, criado ou influenciado políticas públicas a serem executadas em âmbito doméstico?

Para responder à indagação, num primeiro momento, será apresentado o conceito de políticas públicas, suas características e principais formas de classificação. A seguir, será delineado o que vem a ser o Sistema Interamericano. Por fim, serão apresentadas, sucintamente, as sete decisões proferidas com base em casos ocorridos em solo brasileiro, analisando-as a partir dos conceitos e critérios que estabelecem o conceito de políticas públicas e suas classificações.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS

Para evitar confusões terminológicas, vale salientar as diferenças, tal como fazem os anglo-saxões, das duas acepções semânticas do termo política — “politics” e “policy”. O primeiro tem a ver com política como meio para se obter o poder, ao passo que o segundo se refere ao modo como se exercerá o poder obtido, adotando-se um conjunto de decisões para a resolução de conflitos em torno da alocação de bens e serviços públicos¹ Essa última acepção trata da política pública, objeto deste capítulo, cujas características serão detalhadas a seguir, mormente em relação ao seu conceito, aos seus diferentes tipos e ao seu ciclo de execução.

Outro ponto a ser abordado preliminarmente a respeito das políticas públicas tem a ver com qual dos poderes estatais tem a competência para elaborá-las, executá-las e avaliá-las. Isso porque, cada vez mais, no Brasil o poder judiciário tem sido chamado para, em supostas omissões ou atuações antijurídicas dos poderes legislativo e/ou executivo, suprir a atuação destes. É exemplificativa dessa atuação do Judiciário a utilização da ação de descumprimento fundamental (ADPF) nú-

1 BUCCI, Maria Paula. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula (Org.). *Políticas Públicas, reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 14.

mero 45-5, em que o Supremo Tribunal Federal, na voz do Ministro Celso de Mello, entendeu que:

é certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.²

Assim, no Brasil tem o poder judiciário não somente controlado incorreções nas políticas públicas já desenhadas e implementadas pelos demais poderes, como também, às vezes, tem formulado e determinado a execução daquelas.

2.1. Definição de política pública

Há vários conceitos a respeito de política pública. Um deles, mais conciso, é apresentado por Leonardo Secchi, segundo o qual política pública trata-se de uma diretriz elaborada para enfrentar um problema público. Nessa perspectiva, surgem dois elementos de tal definição: intencionalidade pública e um problema público.³

Outra definição, mais tradicional, enfatiza os aspectos relacionados a quem se beneficia das decisões públicas, bem como quais os motivos por trás de cada ação governamental.⁴

Há, ainda, um terceiro, a enfatizar que política pública refere-se às ações do poder público e às avaliações destas, que podem gerar mudança de postura governamental.⁵ A esse conceito agregam-se imprescindíveis

características das políticas públicas, sobretudo a respeito de cada uma das etapas de formulação das ações governamentais, tais como metas a serem atingidas e processos de análise crítica. Assim, políticas públicas abrangem programas, metas, objetivos, ações e revisões⁶, e envolvem processos subsequentes após sua decisão e proposição, ou seja, implica, também, implementação, execução e avaliação. Esse conceito afigura-se o mais pertinente.

Importante registrar, também, que a razão de ser da elaboração de estudos em torno das políticas públicas, bem como da consolidação de leis a seu respeito, repousa na ideia de que, em um Estado democrático de Direito, toda a ação governamental deve ser produzida de modo científico e passível de verificação e escrutínio por pessoas independentes.

Logo, a política pública, após a identificação de um problema que chegou ao sistema político (politics), por meio da sociedade política (polity), visa corrigir aquele, colocando em marcha as instituições/regras que darão forma e empreenderão um conjunto de decisões — um programa — a respeito de determinado tema a ser enfrentado, cujos consectários, diretos e indiretos, posteriormente serão sopesados.

2.2. Diferentes tipos de políticas públicas

A forma de classificação de políticas públicas utilizadas neste artigo refere-se à criada por Theodore Lowi, segundo a qual cada tipo de política pública impõe um tipo de relação política, com consequências próprias sobre a sociedade.⁷

A tipologia em questão trabalha com quatro categorias de políticas públicas, a saber: a) políticas públicas distributivas; b) políticas públicas redistributivas; c) políticas públicas regulatórias; e d) políticas públicas constitutivas.

O primeiro item tem a ver com as ações estatais que visam beneficiar um conjunto de pessoas, sem, contudo, afetar um outro grupo social. Exemplos disso são os subsídios e isenções fiscais.

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na ADPF n. 45*. Tribunal Pleno. Relator: Mello, Celso de. Brasília, 29 abril 2004. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/acordaodecisaoRelevante/verDecisaoRelevante.asp?ministro=28&retorno=true. Acesso em: 5 out. 2017.

3 SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

4 SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006.

5 SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006.

5 SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006.

6 RODRIGUES, Marta M. Assumpção. *Políticas Públicas*. São Paulo: Publifolha, 2011. (Coleção Folha Explica).

7 SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*. Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul./dez. 2006.

O segundo consiste na concessão de benefícios a um determinado grupo de pessoas, o que ocorre, todavia, diferentemente do que se dá nas políticas públicas distributivas, com a afetação de outros grupos definidos, que perdem parcela de seus proventos. As cotas raciais e a reforma agrária são exemplos dessa espécie de políticas públicas.

No terceiro item, são tratadas as atividades estatais que promovem determinados padrões de conduta das pessoas, com imposição de normatizações e, ao mesmo tempo, de fiscalizações das atividades disciplinadas.

Por fim, no que toca às políticas públicas constitutivas, trabalha-se com a criação de regras eleitorais, determinando a tomada do poder político por parte de grupos sociais, bem como de normas que disciplinam a participação da sociedade civil nas atividades governamentais, inclusive na elaboração de políticas públicas. Portanto, nesta última espécie, trata-se das políticas públicas acerca da definição e implementação de outras políticas públicas.

2.3. Ciclo de políticas públicas

De acordo com Leonardo Secchi, as fases que compõem o ciclo de políticas públicas, isto é, as etapas pelas quais nascem, desenvolvem-se e são avaliadas, são as que segue: a) definição de agenda; b) identificação de alternativas, avaliação das opções e escolha das opções; c) implementação; e d) reavaliação.⁸

O primeiro subitem tem por objetivo responder como os governos elaboram a sua pauta de prioridades, cuja resposta passa pelos problemas públicos, pelos processos políticos propriamente ditos, que também funcionam como catalisadores dos problemas (reais ou não) que surgem no ambiente do debate público e, por fim, pelos atores, participantes do debate público, que podem ser desde agentes políticos (em sentido estrito e amplo), partidos políticos, meios de comunicação, grupos de pressão da sociedade civil, academia, entre outros. Portanto, decidem-se quais questões serão objeto de alguma política pública, o que se verifica, na área da saúde, a na opção por trabalharem-se questões específicas de um determinado tipo de patologia.

Já na segunda etapa, buscam-se alternativas para

8 SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2011. p. 18.

enfrentamento dos problemas apontados, as quais, em seguida, são ponderadas para que se escolha a proposta mais adequada às finalidades eleitas.

Nesse ponto, aplica-se o modelo “garbage can”, criado por Cohen, March e Olsen (1972), de acordo com o qual as decisões relacionadas às políticas públicas se dão de modo não estritamente racional, tanto pela limitação das informações no momento das deliberações, como pelos muitos interesses, às vezes colidentes, defendidos pelos participantes dos processos de escolha. Assim, muitas das decisões são tomadas por meio de um sistema de tentativa e erro, de modo que as opções preteridas ficam em uma “lata de lixo” temporária, podendo ser resgatadas a qualquer momento, quando se concluir que a solução adotada, num primeiro momento, não se mostrou adequada.⁹

Na terceira fase, no momento da execução da política pública adotada, os processos, as rotinas e as regras são colocados em prática. A partir desse momento, devem-se visualizar os erros praticados antes e durante a tomada de decisão, mormente em relação aos objetivos traçados, com metas acima ou abaixo do possível.¹⁰

Por fim, na quarta fase, que se inicia durante a execução, mas tem o seu ponto alto após o término da realização da política pública, avaliam-se os resultados principais e assessórios gerados. Subdivide-se da seguinte maneira essa etapa: a) Avaliações de esforços: levam-se em conta todos os recursos destinados à política pública, o que envolve não apenas os gastos financeiros diretos como os de pessoal, de comunicação, de transporte, de material, etc. Busca-se transformar todos esses fatores em valores monetários, para que seja possível aferi-los. b) Avaliações de desempenho: consideram-se os produtos produzidos pelas ações empreendidas, o que pode ser, por exemplo, o número de leitos criados ou reformados, o número de salas de aulas em funcionamento. c) Avaliações de processo: põe-se em consideração as regras e os procedimentos utilizados, buscando-se saber se poderiam ser mais eficientes e diretos. d) Avaliações de eficiência: visa-se responder se os produtos gerados são proporcionais aos insumos despendidos. e) Avaliações de adequação de eficácia: analisa-se o desempenho

9 COHEN, M. D.; MARCH, J. G.; OLSEN. A garbage can model of organizational choice. *Administrative Science Quarterly*, Ithaca (NY), v. 17, n. 1, p. 1-25, 1972.

10 SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

da política pública em vista das metas estabelecidas, a fim de saber se os resultados propostos inicialmente foram atingidos, tais como a melhoria dos índices de saúde e educação.¹¹

3. SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

No ano de 1945, surgiu a necessidade de criação dos mecanismos de proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos em nível internacional, a fim de evitarem-se novos acontecimentos trágicos, tais como os ocorridos na Segunda Guerra Mundial, razão pela qual foi gerado, entre outros, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

O Sistema Interamericano nasceu em 1948, por intermédio da Carta de Bogotá, a partir da criação da Organização dos Estados Americanos (OEA). Na mesma data, concebeu-se a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (DADDH), documento anterior, inclusive, à Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), datada de dezembro do mesmo ano.¹² De acordo com o Documento, o Sistema Interamericano deveria ser posteriormente fortalecido, na medida do possível com a elaboração de tratados com força vinculante obrigatória, quando as circunstâncias fossem mais propícias. À época, a DADDH foi elaborada para funcionar como mera carta de intenções, sem valor vinculante, tendo, à frente, se constituído verdadeiro marco para a produção de futuros tratados regionais sobre direitos humanos, bem como tendo sido reconhecida por órgãos de proteção de direitos humanos como detentora de efeitos vinculantes. Porém, foi o Protocolo de Buenos Aires de 1967, instrumento jurídico obrigatório, promulgado no Brasil pelo Decreto n. 67.542/1970, que absorveu, expressamente, os conteúdos contidos na DADDH e na Carta da OEA, dotando-os de valor normativo.

Outros tratados de efeito vinculante — convenções, pactos e protocolos —, que versam sobre direitos hu-

manos, em nível regional, passaram a ser discutidos e aprovados pela OEA, iniciando-se essa nova fase pela Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, que funciona como um código de direitos humanos e promove um constitucionalismo regional nas Américas, servindo como paradigma normativo a partir do qual os órgãos de monitoramento regional operarão.¹³ A Convenção somente passou a vigorar em 1978, por ocasião da ratificação do décimo primeiro país, tendo como seu objetivo primordial a instituição de órgãos com competência para supervisionar a atuação dos países integrantes em relação aos direitos humanos. O Brasil, a seu turno, apenas ratificou o Tratado em 1992, muito tempo após a sua entrada em vigor, o que ocorreu, somente, após e em razão de sua redemocratização.

A Convenção Americana, em sua parte II, deu os contornos atuais do Sistema Interamericano, que passou a ser composto pela Comissão e Corte Interamericanas, ambos os órgãos da OEA com atribuições fixadas pelo Tratado internacional. Em suma, ambos os órgãos têm, em comum, a função de supervisionar o cumprimento pelos Estados-membros da OEA das obrigações assumidas com a assinatura da Convenção Americana.

3.1. Comissão Interamericana

A sede da Comissão Interamericana situa-se em Washington, EUA, mesmo local onde funciona a da OEA. É composta por sete membros eleitos a título pessoal, mas vindos de países-membros da OEA, com os quais não guardam vínculos durante a atuação, visto que não são representantes de seus países de origem, restringindo-se suas funções a garantir a observância dos direitos humanos pelos Estados-Membros. Apesar disso, são impedidos de atuar em casos envolvendo o seu país de origem. Os integrantes são escolhidos pela Assembleia-Geral da OEA, para mandato de quatro anos, prorrogável pelo mesmo período.¹⁴

A competência primordial da Comissão Interamericana, prevista no artigo 41 da Convenção Americana, se divide, sucintamente, em duas: a) o recebimento de petições individuais, dando conta da violação a algum

11 SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2011. p. 33-58.

12 MIRANDA, Mariana Almeida Picanço de; CUNHA, José Ricardo. *Poder Judiciário brasileiro e a proteção dos direitos humanos: aplicabilidade e incorporação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2010.

13 PIOVESAN, Flávia Cristina. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 19, p. 67-93, jan./jul. 2012.

14 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. 2015. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/>. Acesso em: 30 out. 2017.

dos artigos da Convenção Americana ou de outros tratados de alcance regional, para a adoção de providências; b) e feitura de relatórios e recomendações sobre os direitos humanos no continente, os quais podem se limitar a um tema ou região específicos.

No que toca aos relatórios, é possível à Comissão Interamericana emitir relatórios anuais sobre a situação dos direitos humanos, periodicamente levados à Assembleia-Geral da OEA.

Também, a Comissão Interamericana detém, entre suas faculdades, o poder de realizar visitas “in loco”, quando julga indispensável que um de seus membros faça, pessoalmente, uma verificação de condições a ela relatadas, ou, ainda, para fazer uma missão de verificação geral.

A Comissão Interamericana não possui competência para emitir sentenças e resolver de modo definitivo os conflitos a ela submetidos. Ao se deparar com violações a direitos garantidos no âmbito da OEA, a Comissão Interamericana redige um relatório final com recomendações ao Estado, visando retornar ao estado anterior ao ilícito, ou cessar imediatamente a violação e reparar/indenizar o ofendido por todos os prejuízos sofridos, ou ainda, nas palavras da Convenção Americana, “determina que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados”. Se entender necessário, poderá a Comissão submeter o caso à apreciação da Corte Interamericana, requerendo a emissão de decisão com efeitos jurídicos contra o Estado responsável pela violação de direitos humanos.

Considerando-se a importância das funções que a Comissão Interamericana exerce, não é demasiado afirmar que se trata do “Ministério Público” do Sistema Interamericano, “pela independência com que atua, por possuir legitimidade para agir perante a Corte Interamericana e também por ser chamada a intervir em todos os casos em trâmite perante esse órgão, na qualidade de órgão de representação de todos os membros da OEA”.¹⁵

3.2. Corte Interamericana

O Órgão jurisdicional do Sistema Interamericano é a Corte Interamericana. Seus membros são designados

juízes, com competência para proferirem sentenças de modo definitivo e inapelável, tudo nos termos do Pacto de São José da Costa Rica. Ademais, suas decisões são vinculantes, de modo que os Estados-membros que se comprometeram a respeitar sua jurisdição não podem se recusar a cumpri-las.

Diversamente do que ocorre com a Comissão Interamericana, em que as atribuições são efeito automático da aprovação ou adesão do Estado à Convenção Americana, para que a Corte Interamericana tenha competência jurisdicional sobre determinado país, faz-se necessário que este aceite a função contenciosa do órgão, com manifestação de vontade expressa nesse sentido, a ser depositada na sede da OEA, em conformidade com o que estabelece o artigo 62 da Convenção Americana. O Brasil, embora tenha adotado — ratificado — a Convenção Americana em 1992, e, por consectário legal, se sujeito ao monitoramento pela Comissão Interamericana, apenas permitiu ser jurisdicionado pela Corte Interamericana em dezembro de 1998, por intermédio do Decreto Legislativo n. 88/1998.

A sentença da lavra da Corte Interamericana, nos dizeres da Convenção Americana, notadamente do artigo 68, 1 e 2, deve ser executada no plano interno como se produzida pelo direito interno.

Ao lado da função jurisdicional e contenciosa, a Corte Interamericana emite os denominados pareceres consultivos, tornando pública e obrigatória a sua interpretação concernente a dispositivos previstos nos tratados regionais de direitos humanos, definindo sentido e alcance das normas em questão, tudo em conformidade com o Regulamento da Corte Interamericana, aprovado em 2009.

3.3. O Sistema Interamericano como mecanismo de controle da atuação dos Estados nacionais

Como visto, o Sistema Interamericano, formado pelas Comissão e Corte Interamericanas, por iniciativa daquela instituição quase jurisdicional e por decisão final desse órgão judicial, tem atribuições de supervisionar os Estados, podendo reconhecer ilicitudes no tocante a direitos humanos, levadas a cabo por ação ou omissão do poder público doméstico, bem como impor obrigações aos entes estatais, a fim de reparar, indenizar, punir adequadamente os responsáveis pelos ilícitos contra direitos humanos e evitar a repetição das violações dos direitos humanos.

15 JAYME, Fernando Gonzaga. *Direitos Humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

Logo, trata-se de um mecanismo de controle judicial, que pode atuar não apenas em relação a condutas comissivas ou omissivas em sentido estrito dos Estados, como também no tocante a políticas públicas que, de alguma maneira, se mostrem nocivas a direitos humanos, ofendendo de modo grave as pessoas humanas. Assim, ao menos em tese, é possível cogitar-se que o mesmo fenômeno verificado em nível doméstico — no caso brasileiro —, acima descrito, segundo o qual o poder judiciário nacional estaria se imiscuindo em políticas públicas, não apenas as supervisionando e as declarando antinormativas — e, portanto, nulas —, senão atuando como órgão gerador de algumas dessa políticas, esteja a ocorrer no âmbito interamericano. Assim, exsurge o questionamento: está o Sistema Interamericano influenciando ou até mesmo criando políticas públicas no âmbito do Brasil?

4. O SISTEMA INTERAMERICANO E O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Nos capítulos anteriores, discorreu-se sobre as políticas públicas e o Sistema Interamericano, indicando-se que são, originariamente, legitimados para as formularem e executá-las os poderes legislativo e executivo. Todavia, em casos excepcionais, sobretudo no Brasil, o poder judiciário tem interferido em políticas públicas. Tal fenômeno, possivelmente, estaria a se repetir no âmbito internacional, mais precisamente no Sistema Interamericano, que tem funções jurisdicionais e de controle. Portanto, surge a necessidade de se investigar se o Sistema Interamericano está influenciando políticas públicas no Brasil e, principalmente, se está produzindo políticas públicas. Se sim, serão analisadas quais tipos e quais etapas das políticas públicas são levadas a efeito.

Para responder a tal problema, o presente trabalho investigará os sete julgados da Corte Interamericana sobre casos oriundos do Brasil, a fim de buscar, sobretudo no dispositivo deles, determinações impostas ao Estado brasileiro e identificar, à luz dos aportes teóricos trazidos no capítulo 2 deste artigo, se tais manifestações podem ser classificadas como interferências em políticas públicas brasileiras ou, até mesmo, como fatos geradores de políticas públicas a serem adotadas no e pelo Brasil.

4.1. As decisões da Corte Interamericana sobre o Brasil

O primeiro julgado a ser analisado é o mais recente, relativo ao caso *Favela Nova Brasília vs. Brasil* e proferido em 16 de fevereiro de 2017.¹⁶ Os fatos analisados dizem respeito a falhas e à demora na investigação e punição dos responsáveis por prováveis execuções extrajudiciais de 26 pessoas no âmbito das incursões policiais feitas pela Polícia Civil do Rio de Janeiro em 18 de outubro de 1994 e em oito de maio de 1995 na Favela Nova Brasília. Tais mortes, à época, foram justificadas pelas autoridades policiais mediante o uso de autos de resistência, não tendo sido investigados adequadamente. Apenas se estigmatizaram e se revitalizaram as pessoas falecidas, pois o foco teria sido dirigido à sua culpabilidade e não à verificação da legitimidade do uso da força, de modo que até o dia da decisão na Corte Interamericana as investigações não chegaram a conclusões, tampouco as vítimas e familiares tiveram seus danos reparados. Não foram, outrossim, investigados os fatos relativos à primeira incursão, em relação à tortura e à violência sexual por parte de agentes policiais contra três mulheres, duas delas adolescentes.

No caso em questão, a Corte Interamericana declarou a responsabilidade internacional do Estado brasileiro pela violação do direito às garantias judiciais de independência e imparcialidade das investigações, devida diligência e prazo razoável, do direito à proteção judicial e do direito à integridade pessoal.

Ainda, o Tribunal determinou a adoção das seguintes medidas de reparação às vítimas: i) continuar (no caso das mortes de 1994) e iniciar (no caso das mortes de 1995) de modo eficaz a investigação criminal em curso, em prazo razoável, para identificar, processar e, caso seja pertinente, punir os responsáveis; ii) avaliar se os fatos referentes às incursões de 1994 e 1995 devem ser objeto de pedido de Incidente de Deslocamento de Competência; iii) iniciar uma investigação eficaz a respeito dos fatos de violência sexual; iv) oferecer, gratuitamente, por meio de suas instituições de saúde especializadas, preferencialmente indicadas pelas vítimas, tratamento psicológico e psiquiátrico; v) realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade inter-

16 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Favela Nova Brasília versus Brasil*. 2017. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 12 out. 2017.

nacional em relação aos fatos do presente caso e sua posterior investigação, durante o qual deverão ser inauguradas duas placas em memória das vítimas da presente Sentença, na praça principal da Favela Nova Brasília; vi) publicar, anualmente, um relatório oficial com dados relativos às mortes ocasionadas durante operações da polícia em todos os estados do país e com informação atualizada anualmente sobre as investigações realizadas a respeito de cada incidente que redunde na morte de um civil ou de um policial; vii) estabelecer os mecanismos normativos necessários para que, na hipótese de mortes, tortura ou violência sexual decorrentes de intervenção policial, em que *prima facie* policiais apareçam como possíveis acusados, desde a *notitia criminis* se delegue a investigação a um órgão independente e diferente da força pública envolvida no incidente, como uma autoridade judicial ou o Ministério Público, assistido por pessoal policial, técnico criminalístico e administrativo alheio ao órgão de segurança a que pertença o possível acusado, ou acusados; viii) adotar as medidas necessárias para que o Estado do Rio de Janeiro estabeleça metas e políticas de redução da letalidade e da violência policial; ix) implementar, em prazo razoável, um programa ou curso permanente e obrigatório sobre atendimento a mulheres vítimas de estupro, destinado a todos os níveis hierárquicos das Polícias Civil e Militar do Rio de Janeiro e a funcionários de atendimento de saúde; x) adotar as medidas legislativas, ou de outra natureza, necessárias para permitir às vítimas de delitos ou a seus familiares participar de maneira formal e efetiva da investigação de delitos conduzida pela polícia ou pelo Ministério Público; xi) adotar as medidas necessárias para uniformizar a expressão “lesão corporal ou homicídio decorrente de intervenção policial” nos relatórios e investigações da polícia ou do Ministério Público em casos de mortes ou lesões provocadas por ação policial. O conceito de “oposição” ou “resistência” à ação policial deverá ser abolido; e xiv) pagar as quantias fixadas na Sentença, a título de indenizações por dano imaterial.

O segundo é o caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, julgado pela Corte Interamericana em 20 de outubro de 2016. A base fática da respectiva sentença envolve a constatação de trabalho forçado e servidão por dívidas dos empregados na citada fazenda, em que havia ameaças de morte aos que conseguiam fugir do local, e o desaparecimento de dois jovens no mesmo contexto. Tal realidade foi verificada em um pano de fundo histórico e social, segundo os quais milhares de

trabalhadores eram submetidos a trabalho escravo no Brasil. Na fazenda, constatou-se o impedimento aos empregados de saírem livremente, a falta de salário ou a existência de um salário ínfimo, o endividamento com o patrão fazendeiro, a falta de moradia, alimentação e saúde dignas. A situação foi atribuída ao Estado brasileiro, pois este teve conhecimento da existência dessas práticas em geral, especificamente, na Fazenda Brasil Verde, desde 1989 e, apesar disso, não adotou as medidas razoáveis de prevenção e resposta, tampouco forneceu às vítimas um mecanismo judicial efetivo para a proteção de seus direitos, a punição dos responsáveis e a obtenção de alguma reparação. Por fim, o Estado não adotou providências quanto ao desaparecimento de dois adolescentes na fazenda, o que foi denunciado a autoridades estatais em 21 de dezembro de 1988, sem, contudo, medidas efetivas serem adotadas para determinar o paradeiro de ambos.¹⁷

A Corte Interamericana reconheceu que o Estado é responsável pela violação do direito a não ser submetido a escravidão e ao tráfico de pessoas, das garantias judiciais de devida diligência e de prazo razoável e do direito à proteção judicial. Em virtude disso, impôs ao Brasil: i) reiniciar, com a devida diligência, as investigações e/ou processos penais relacionados aos fatos constatados no presente caso para, em um prazo razoável, identificar, processar e, se for o caso, punir os responsáveis; ii) publicar a sentença interamericana; iii) adotar as medidas necessárias para garantir que a prescrição não seja aplicada ao delito de Direito Internacional de escravidão e suas formas análogas; e iv) pagar valores a título de indenizações por dano imaterial.

Em 24 de novembro de 2010, foi julgado pela Corte Interamericana o caso *Guerrilha do Araguaia*.¹⁸ Tratou-se da detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses da região, em função de operações do Exército brasileiro empreendidas entre 1972 e 1975, com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar do Brasil (1964–1985), bem como da Lei nº 6.683/79, que impe-

17 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde versus Brasil*. 2016. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/oea/garibaldi.pdf>. Acesso em: 21 set. 2017.

18 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) versus Brasil*. 2010. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/oea/garibaldi.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2015.

diu o Estado de levar a efeito uma investigação penal com a finalidade de julgar e punir as pessoas responsáveis pelos fatos em análise.

A Corte Interamericana reconheceu a ilicitude da situação de silêncio e impunidade no tocante às graves violações de direitos humanos praticadas durante o período da ditadura militar brasileira, declarando que o Estado é responsável pela violação dos direitos estabelecidos nos artigos 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 7 (direito à liberdade pessoal), 8 (garantias judiciais), 13 (liberdade de pensamento e expressão) e 25 (proteção judicial), da Convenção Americana. Por fim, determinou que o Brasil i) conduza, eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar, efetivamente, as sanções, desconsiderando impedimentos legais a tanto; ii) empreenda todos os esforços para determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas e, se for o caso, identificar e entregar os restos mortais a seus familiares; iii) ofereça tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico que as vítimas requeiram em instituições públicas e, se for o caso, pagar os custos de tratamento em rede particular; iv) publique a sentença; v) realize um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional a respeito dos fatos do presente caso; vi) prossiga com ações desenvolvidas em matéria de capacitação e implemente, em um prazo razoável, um programa ou curso permanente e obrigatório sobre direitos humanos, dirigido a todos os níveis hierárquicos das Forças Armadas; vii) tipifique o delito de desaparecimento forçado de pessoas em conformidade com os parâmetros interamericanos, continuando, antes disso, a adotar todas aquelas ações que garantam o efetivo julgamento e, se for o caso, a punição em relação aos fatos constitutivos de desaparecimento forçado por meio dos mecanismos existentes no direito interno; viii) continuar iniciativas de busca, sistematização e publicação de toda a informação sobre a Guerrilha do Araguaia, assim como da informação relativa a violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar; e ix) pagar indenização por dano material e dano imaterial às vítimas.

Em 23 de setembro de 2009, a Corte Interamericana julgou o caso Garibaldi, que se refere ao homicídio do Senhor Sétimo Garibaldi, ocorrido em 27 de novembro de 1998, em uma operação extrajudicial de despejo das

famílias de trabalhadores sem-terra, que ocupavam uma fazenda no Município de Querência do Norte, Estado do Paraná, que não foi investigado de modo diligente e dentro de um prazo razoável.¹⁹

Assim, entendeu a Corte Interamericana que o Estado brasileiro é responsável pela violação dos artigos 8 (Garantias Judiciais) e 25 (Proteção Judicial) da Convenção Americana, razão por que condenou o Brasil a adotar as seguintes medidas de reparação: i) como medidas de satisfação e não repetição, determinou que investigasse, julgasse e sancionasse os responsáveis pelo homicídio em tela e por eventuais faltas funcionais em que podem ter incorrido os funcionários públicos a cargo do inquérito que investigou, sem sucesso, os fatos; ii) efetuasse pagamento a título de dano moral e material às vítimas, parentes da pessoa assassinada.

Meses antes, mais precisamente no dia 6 de julho de 2009, a Corte Interamericana enfrentou o caso Escher, cujo contexto fático envolvia uma interceptação e monitoramento ilegal das linhas telefônicas de trabalhadores rurais, realizados entre abril e junho de 1999, pela Polícia Militar do Estado do Paraná, além da divulgação indevida das conversas telefônicas e da denegação da justiça e da reparação adequada às vítimas. Inexistiu investigação dos responsáveis pela primeira divulgação das conversas telefônicas; bem assim se verificou ausência de motivação da decisão em sede administrativa relativa à conduta funcional da juíza que autorizou a interceptação telefônica.²⁰

Assim, a Corte Interamericana declarou que o Estado é responsável pela violação dos artigos 8.1 (Garantias Judiciais), 11 (vida privada, honra e reputação), 16 (Liberdade de Associação) e 25 (Proteção Judicial) da Convenção Americana. Determinou, pois, ao Estado brasileiro que: i) publicasse a sentença; ii) investigasse os fatos que geraram as violações do caso; iii) efetuasse o pagamento de valores fixados a título de danos imateriais às vítimas.

No Caso Nogueira de Carvalho²¹, julgado em 28 de

19 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS *Caso Garibaldi e outros versus Brasil*. 2009. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/oea/garibaldi.pdf>. Acesso em: 21 set. 2017.

20 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Escher e outros versus Brasil*. 2009. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/oea/garibaldi.pdf>. Acesso em: 21 set. 2017.

21 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Nogueira de Carvalho versus Brasil*. 2006. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/oea/garibaldi.pdf>. Acesso em: 21

novembro de 2006, o Brasil foi absolvido pela Corte Interamericana, que entendeu inexistir suficiente comprovação de falta por parte do Estado quanto aos deveres de investigar e, eventualmente, punir os responsáveis pela prática de homicídio. Assim, não se fazem necessárias maiores explicações sobre o julgado, sobretudo porque ao Brasil não foi imposta nenhuma obrigação.

Por fim, o caso *Ximenes Lopes*, com sentença de 4 de julho de 2006, envolveu uma vítima, pessoa com deficiência mental, que foi submetida a condições desumanas e degradantes, que a levaram a óbito, por parte dos funcionários da casa de repouso em que estava em tratamento psiquiátrico, o que acabou não sendo investigado de modo minimamente eficaz.²²

À luz de tal pano de fundo, a Corte Interamericana considerou o Estado brasileiro responsável pela violação dos direitos consagrados nos artigos 4 (Direito à Vida), 5 (Direito à Integridade Pessoal), 8 (Garantias Judiciais) e 25 (Proteção Judicial) da Convenção Americana. Portanto, condenou o Brasil às seguintes obrigações: i) garantir que o processo interno destinado a investigar e sancionar os responsáveis pelos fatos surta seus devidos efeitos; ii) publicar em jornal de grande circulação e no Diário oficial, a sentença interamericana; iii) desenvolver um programa de formação e capacitação para o pessoal médico, de psiquiatria e psicologia, de enfermagem e auxiliares de enfermagem e para todas as pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental, em especial sobre os princípios que devem reger o trato das pessoas portadoras de deficiência mental, conforme os padrões internacionais sobre a matéria; iv) e pagar em dinheiro indenização a familiares da vítima por danos materiais e imateriais.

4.2. Avaliação dos julgados interamericanos à luz dos marcos conceituais das políticas públicas

A respeito das medidas impostas pela Corte Interamericana nos seis casos vistos, em que houve condenação do Brasil, a vertente pesquisa visa responder se há alguma delas que configure política pública, de acordo com os conceitos apresentados na primeira parte deste artigo.

A depender de cada um dos três conceitos de políticas públicas apresentados, é possível classificarem-se, diferentemente, as ordens emanadas pela Corte Interamericana.

Para o primeiro conceito, que entende como política pública uma ação intencional do Estado diante de um problema, é possível classificar todas as ordens da Corte Interamericana, com vistas a resolver um problema como uma política pública. O conceito se afigura abrangente, de modo a englobar praticamente todas as iniciativas do Sistema Interamericano em relação ao Brasil.

Para torná-lo um pouco mais rigoroso e estrito, o autor acrescentará a ele a necessidade de que traga alguma novidade às práticas domésticas brasileiras, alterando o rumo das manifestações do poder público pátrio, o que diminuirá o número de ordens da Corte Interamericana que se encaixarão nesse conceito, ainda amplo de política pública. Em outras palavras, só se estará diante de uma política pública, em sentido lato, quando uma determinação da Corte Interamericana específica puder ser reiterada em diversos casos pelo Brasil, sendo utilizada em situações similares, por autoridades locais, que a manejarão como precedente, desde que haja alguma inovação em relação ao tratamento que o poder público brasileiro daria ao caso.

Já para o segundo conceito, que enfoca as razões e finalidades que deram amparo às medidas, também é possível catalogar muitas das manifestações da Corte Interamericana como políticas públicas, tal como já feito no primeiro conceito, porque, nos casos analisados, restou evidente os motivos por que foram emitidas as ordens, os problemas a serem solucionados e as pessoas a se beneficiarem. Toda a extensa fundamentação dos julgados caminha nesse sentido. Portanto, não se afinou a peneira conceitual, continuando a passar o que já havia passado pelo primeiro filtro do primeiro conceito de políticas públicas.

Por terceiro, diante do conceito de política pública como sendo um conjunto de ações planejadas, com etapas, metas e resultados a serem atingidos — conceito mais estrito —, várias das medidas impostas pela Corte Interamericana não podem ser arroladas como políticas públicas em sentido estrito. Sendo no máximo quase políticas públicas em sentido estrito. Isso porque não se pode negar que há a criação de verdadeiros programas por parte de comandos oriundos de decisões da Corte Interamericana, que, porém, não traçam os métodos a

ago.2017.

22 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes versus Brasil*. 2006. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/oea/garibaldi.pdf>. Acesso em: 21 ago.2017.

serem utilizados, os resultados perseguidos e os meios de revisão e avaliação.

Esta, portanto, é a tipologia conceitual a ser utilizada para avaliar as prestações a que a Corte Interamericana condenou o Brasil.

Assim, os itens iv²³, v²⁴ e xiv²⁵, a respeito do caso Favela Nova Brasília; iii²⁶ e iv, sobre o caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde; i, iv, v e ix, do caso Guerrilha do Araguaia; ii, acerca do caso Garibaldi; i e iii, sobre o caso Escher; e ii e iv, no tocante ao caso Ximenes Lopes, podem ser classificados como manifestações com potencial para interferir em políticas públicas, visto que se tratam de medidas para os casos concretos, que, podem ser replicadas a outras situações similares ocorridas no território doméstico, modificando o agir do poder público nacional. Não há política pública, mas apenas possibilidade de influência em políticas públicas brasileiras.

Já os itens vi e vii, do caso Favela Nova Brasília; e viii, do caso Guerrilha do Araguaia, estabelecem programas que se aproximariam um pouco mais do que se entende por política pública em sentido amplo, com efeitos gerais a todo o Brasil e com ares de inovação, faltando, todavia, pormenorizar as metas diretas e indiretas, os meios a serem utilizados e os mecanismos de avaliação. Portanto, há algumas medidas que se encaixam nos dois primeiros conceitos de políticas públicas, mas não atendem a todas as fases das políticas públicas, razão pela qual não se subsomem ao terceiro e mais preciso conceito.

Ainda, outros itens²⁷

apresentam uma peculiaridade interessante, a saber: são requisições para que o Estado brasileiro adote políticas públicas com vistas a resolver determinados problemas. Não são políticas públicas, nem sequer pro-

gramas, mesmo que incompletos, mas, sim, chamados impositivos à produção e implementação delas.

À derradeira, os pontos i, ii, iii, do caso Favela Nova Brasília; i e ii, do caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde; iii, do caso Guerrilha do Araguaia; i, do caso Garibaldi; ii, do caso Escher; e i, do caso Ximenes Lopes, não cuidam de política pública em sentido amplo. Igualmente, inexistem possibilidades de interferências em políticas públicas, nem se trata de chamamento à criação dela, cuidando-se, apenas, de ordens esparsas e específicas aos casos concretos, sem nenhuma novidade ao sistema doméstico que possa irradiar efeitos para além do caso específico.

No tocante à classificação das políticas públicas nos tipos definidos por Theodore Lowi²⁸, conforme o que se viu das prestações ordenadas pela Comissão Interamericana ao Estado brasileiro, é possível classificá-las, se entendidas como políticas públicas — tanto em sentido amplo, como em estrito —, como sendo sempre do tipo regulatório.

Por fim, no que se refere às etapas pelas quais se projetam, se deliberam, se aplicam e se revisam as políticas públicas²⁹, as determinações por parte da Comissão Interamericana lançadas em direção do poder público do Brasil se inserem nas fases da definição da avaliação e escolha das opções.

A definição da agenda acaba sendo feita ou pelos petionários que levaram o tema, com base em caso concreto, ao Sistema Interamericano, ou seja, inicialmente à Comissão Interamericana, ou por esse órgão interamericano que, de certa maneira, ao decidir por receber e dar andamento à petição, acaba por deliberar sobre a agenda de uma possível política pública a ser estabelecida, total ou parcialmente, pelo Sistema Interamericano.

Já a identificação das alternativas possíveis para a resolução de um problema recai sobre as partes da demanda interamericana, isto é, ou sobre a Comissão Interamericana, ou sobre o Estado ou sobre os representantes das vítimas, visto que são eles que apresentam pedidos a respeito de quais medidas prestacionais devem ser impostas pela Corte Interamericana aos Estados.

23 A imposição diz respeito apenas ao caso concreto, mas se revela originária, por permitir às vítimas escolherem a instituição onde serão atendidas. Semelhante tratamento, pelo princípio da igualdade, poderá ser exigido por vítimas que estejam em situação similar às do caso interamericano em apreço, o que poderá criar nova política pública no Brasil de atendimentos de saúde fornecidos pelo Estado por meio de instituições particulares eleitas pela ofendida.

24 Também se verifica tratamento ao caso concreto, com ares de novidade, que poderá ser replicado em casos similares.

25 Valores de indenização às vítimas do caso concreto, que podem servir como paradigma a casos similares.

26 A imprescritibilidade, para casos envolvendo crimes ligados à escravidão e suas formas análogas, não tem sido adotada no Brasil.

27 Viii, ix e x, do caso Favela Nova Brasília; ii, vi e vii, do caso Guerrilha do Araguaia; e iii, do caso Ximenes Lopes.

28 a) políticas públicas distributivas; b) políticas públicas redistributivas; c) políticas públicas regulatórias; e d) políticas públicas constitutivas.

29 a) definição de agenda; b) identificação de alternativas, avaliação e escolha das opções; c) implementação; e d) reavaliação.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A noção dos conceitos, tipologia e formas de classificação de políticas públicas tem alterado a visão pela qual se visualiza a atuação estatal em sentido lato, o que passa pelo exame das manifestações dos poderes legislativo, executivo e judiciário —, podendo-se ser lido como o sistema de justiça.

Atualmente, tem atuado em torno das políticas públicas o sistema de justiça, não apenas controlando-as, como também, às vezes, formulando-as. O mesmo fenômeno tem se observado nos sistemas de justiça internacionais, que estão a supervisionar à atuação dos estados nacionais, como também a dar origem a determinados programas nas mais diversas áreas, o que não é diferente no Sistema Interamericano em direção do Brasil.

Assim, esta pesquisa busca responder, com base nos sete casos brasileiros julgados no mérito pela Corte Interamericana, se esta tem produzido políticas públicas a serem cumpridas pelo Brasil, ou ao menos se tem interferido em programas nacionais.

O artigo, conforme visto acima, respondeu que, em certa medida, é possível, sim, falar-se que o Sistema Interamericano tem influenciado as políticas públicas domésticas e, em certa medida, criado algumas políticas públicas em sentido amplo, mesmo incompletas. Assim, não tem elaborado políticas públicas em sentido estrito, com todas as suas facetas, fases e requisitos, mas, sim, tem gerado: i) medidas de interferência em políticas públicas, inovando na atuação estatal brasileira, ao prever medidas específicas aos casos concretos, que podem ser replicáveis a outros similares; ii) medidas de políticas públicas em sentido amplo, ainda que incompletas, uma vez que tem a Corte Interamericana criado verdadeiros programas gerais de atuação estatal, os quais, porém, não contemplam todas as etapas necessárias à vida de uma política pública; e c) conclamações, impositivas, ordenando ao Estado brasileiro que crie políticas públicas para resolver determinados problemas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na ADPF n. 45*. Tribunal Pleno. Relator: Mello, Celso de. Brasília, 29 abril 2004. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/acordaodecisaoRelevante/verDecisaoRelevante.

asp?ministro=28&retorno=true. Acesso em: 5 out. 2017.

BUCCI, Maria Paula. *O conceito de política pública em direito*. In: BUCCI, Maria Paula (org.). *Políticas Públicas, reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

COHEN, M. D.; MARCH, J. G.; OLSEN. A garbage can model of organizational choice. *Administrative Science Quarterly, Ithaca (NY)*, v. 17, n. 1, p. 1-25, 1972.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso trabalhadores da fazenda Brasil Verde versus Brasil*. 2016. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/oea/garibaldi.pdf>. Acesso em: 21 set. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Escher e outros versus Brasil*. 2009. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/oea/garibaldi.pdf>. Acesso em: 21 set. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso favela Nova Brasília versus Brasil*. 2017. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 12 out. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Garibaldi e outros versus Brasil*. 2009. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/oea/garibaldi.pdf>. Acesso em: 21 set. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Nogueira de Carvalho versus Brasil*. 2006. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/oea/garibaldi.pdf>. Acesso em: 21 ago.2017.

DYE, Thomas R. *Understanding public policy*. 12. ed. Prentice-Hall, Englewood Cliffs, N.J., 2008.

JAYME, Fernando Gonzaga. *Direitos Humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de direitos humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MIRANDA, Mariana Almeida Picanço de; CUNHA, José Ricardo. *Poder Judiciário brasileiro e a proteção dos direitos humanos: aplicabilidade e incorporação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2010.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. 2015. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/>. Acesso em: 30 out. 2017.

- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 19, p. 67-93, jan./jul. 2012.
- PIOVESAN, Flávia Cristina. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- RODRIGUES, Marta M. Assumpção. *Políticas Públicas*. São Paulo: PubliFolha, 2011. (Coleção Folha Explica).
- SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2011.
- SOUZA, Celina. *Políticas públicas: uma revisão da literatura*. *Sociologias*. Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul./dez. 2006.
- WU, X; RAMESH, M; HOWLLET, M; FRITZEN, S. *Guia de políticas públicas: gerenciando processos*. Tradução de Ricardo Avelar de Souza. Brasília: Enap, 2014.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Creating bridges between international relations theory and international human rights law: constructivism and the role of Brazil in the inter-american system of human rights

Criando pontes entre a teoria das relações internacionais e o direito internacional dos direitos humanos: o construtivismo e o papel do Brasil no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Ismael Francisco de Souza

Luciana Rocha Leme

Erick da Luz Scherf

Creating bridges between international relations theory and international human rights law: constructivism and the role of Brazil in the inter-american system of human rights*

Criando pontes entre a teoria das relações internacionais e o direito internacional dos direitos humanos: o construtivismo e o papel do Brasil no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Ismael Francisco de Souza**

Luciana Rocha Leme***

Erick da Luz Scherf ****

ABSTRACT

Human rights were traditionally approached in International Relations by the Schools of Realism and Liberalism. However, these two theoretical approaches to the analysis of these rights have proved to be insufficient, requiring a different reading of the reality of human rights in international society. This work considers the constructivist approach to analyze the effects of the Inter-American Human Rights System on disputes involving the Brazilian State, in order to identify why the Brazilian Supreme Court accepts or not the directions/standards formulated by the System in relation to the promotion and protection of human rights in the country. The theoretical basis of this work was the Constructivist Theory of International Relations, from Wendt and Hillebrecht. The method used was the inductive one, with bibliographical research. It was possible to recognize that Brazil did not comply with the determinations established by the Inter-American System in the case of “Gomes Lund v. Brazil” and “Herzog v. Brazil”, but it followed the precepts of the American Convention by precluding the arrest of the unfaithful depositary. Therefore, it was identified that through theoretical constructivism it is possible to use more complex tools to analyze the way in which the States respond to the norms of human rights coming from the international society.

Keywords: International relations. Constructivism. Inter-American system of human rights. Brazilian Supreme Court.

* Recebido em: 13/09/2018
Aprovado em: 07/10/2018

** Doutor em Direito – UNISC, Mestre em Serviço Social -UFSC, Graduado em Direito pela UNESC. Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense. Líder do Grupo de pesquisa em Direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas. Email: Ismael@unesc.net

*** Doutoranda em Direito – UFSC, Mestra em Direito –UNISC, Graduada em Direito - UNESC. Professora na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Integrante do Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos e Cidadania” da UNIVALI. Email: Luciana.rocha.leme@gmail.com

**** Acadêmico do Curso de Relações Internacionais da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Integrante do Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos e Cidadania” da UNIVALI. Monitor e bolsista do Grupo de Extensão “Direito Intergeracional e Transversalidade”, também da UNIVALI. Email: erickscherf@gmail.com

RESUMO

Os direitos humanos são abordados tradicionalmente nas Relações Internacionais pelas escolas teóricas do Realismo e Liberalismo. No entanto, essas duas abordagens teóricas de análise destes direitos não são suficientes, exigindo uma leitura diferente da realidade dos direitos humanos na sociedade internacional. Assim sendo, este trabalho considera a abordagem construtivista para analisar os efeitos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos em litígios envolvendo o Estado brasileiro, a fim de identificar por que o Supremo Tribunal Federal brasileiro acolhe ou não as orientações formuladas pelo Sistema em relação a promoção e proteção dos direitos humanos. A base teórica deste trabalho foi a Teoria Construtivista das Relações Internacionais, a partir de Wendt e Hillebrecht. O método utilizado foi o indutivo, com pesquisa bibliográfica. Foi possível reconhecer que o Brasil nem sempre cumpre as determinações estabelecidas pelo Sistema Interamericano, a exemplo do caso “Gomes Lund versus Brasil” e “Herzog versus Brasil”, mas seguiu os preceitos da Convenção Americana ao impossibilitar a prisão do depositário infiel. Desta maneira, identificou-se que por meio do construtivismo teórico pôde-se lançar mão de ferramentas mais complexas para analisar a forma como os Estados respondem às normas de direitos humanos provenientes da sociedade internacional.

Palavras-chave: Relações internacionais. Construtivismo. Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Supremo Tribunal Federal.

1. INTRODUCTION

Human rights is a quite contested concept that has generated a wide debate amongst scholars, lawyers, diplomats, activists and who else it might bring concern, over its legitimacy and efficacy. However, despite the innumerable and different opinions about the subject, one thing can hardly be denied, that human rights are here and they can't seem to go anywhere any time soon. As well stated by Mazower, “whether rhetoric or reality, human rights are a global phenomenon”¹, and as being

so they also bring impact to local scenarios, not being only a metaphysical experience but instead a phenomenon that represents material consequences to people's daily lives across the globe.

The human rights have pursued in history a path in which Norberto Bobbio divided in four different steps². According to him, since the first appearance in the liberal political thought of the 17th and 18th century, the doctrine of the “rights of man” have advanced between conflicts and limitations³. But these conflicts that the author enunciate are related to theoretical debates among the western (most European and North-American) scholars who alone developed a universal basis for human rights. From jusnaturalism to legal positivism, constructivism and beyond, human rights have always been an experience of the West. As defended by Grovogui, “[...] a valid theory of human rights must necessarily concede the Western origination of the concept and the ontological primacy of related Western institutions”⁴.

With that in account, it is acknowledgeable that even though Latin and South America have hardly participated on the formulation of the global human rights regime and that the history of the region is marked by authoritarianism and despotisms, the post-Cold War scenario represents a certain advancement on the talk of rights in the region. In the 1980s, the region sees the dismantling of its main military dictatorships in Argentina, Chile, Uruguay and Brazil⁵, which represents the opening of a discussion over the need of implementation of a certain core of rights due to the main violations of the basic liberties perpetrated by the dictatorial regimes that took place in the States of the region.

For that matter, it was instituted, in 1969, the Ameri-

s0018246x04003723. Available at: <<https://www.mazower.com/articles/HJ.pdf>>. Access on: 15 feb. 2018. p. 379.

2 1) Constitutionalizing; 2) Progressive extension; 3) Universalization (mainly after World War II with the institutionalization of the United Nations and the formalization of the Universal Declaration of Human Rights); and 4) Specification of rights. BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 481-484.

3 BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 481.

4 GROVOGUI, Siba N. *Mind, body, and gut: elements of a postcolonial human rights discourse*. 2006. Available at: <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=iclc_papers>. Access on: 15 feb. 2018. p. 4.

5 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 143-148.

1 MAZOWER, Mark. The strange triumph of human rights. *The Historical Journal*, [S.L.], v. 47, n. 2, p. 379-398, jun. 2004. Cambridge University Press (CUP). <http://dx.doi.org/10.1017/>

can Convention of Human Rights, signed in *San José da Costa Rica*, by only State-members of the Organization of American States (OAS)⁶, with the intention to formalize the discussion of rights in the region and to establish a regional mechanism for the protection and guarantee of the rights that have been abducted in the past.

In this sense, since the foundation of the Inter-American System of Human Rights (ISHR), by the consolidation of the American Convention of Human Rights in 1969, the System has worked towards an expansion of its jurisdiction and has developed other legal binding mechanisms besides the American Chart, according to Abramovich,

the ISHR, during the last decade, has influenced the process of internalization amongst the legal systems in various countries in Latin America. During this period, more countries have accepted the jurisdiction of the Inter-American court (such as Mexico and Brazil) [...]⁷.

As this process of “internalization” has increased throughout the years, the incorporation of international human rights law at the national level led to important institutional changes, therefore, it is important to study and analyze the impact of the system’s jurisprudence over national legal apparatuses in the region, acknowledging the importance that the debate of human rights has acquired in the region.

Nonetheless, Brazil has been chosen to be the center of this study for some important reasons, besides being a great country in size and also in economy, it has been a regional leader over the decades and a potential key-actor in global affairs since the foundation of BRICS and the global financial crisis of 2008 and 2009. However, the consolidation of human rights in the country has been a struggle that the civil society, activists and some politicians have faced since the democratization of the Brazilian state in 1988, with the adoption of the new Constitution and the new model of government. Consonant to Pinheiro:

The present conjuncture of democratic consolidation, understood as continuous attention

to a minimal list of prerequisites — such as freedom of opinion, expression, association, and organization, free and competitive elections, rotation in power, mechanisms of government accountability, the ability of social movements to participate openly in the public sphere, and State commitment to the protection of human rights — constitutes a privileged moment to understand the persistence of authoritarian practices⁸.

The region of Latin and South America, specially Brazil, still preserves a part of the authoritarian spirit of the past, a ghost that haunts its democratic institutions and makes it difficult to implement the rights that lead to a fulfillment of the human dignity. So why countries like Brazil (even though being part of most of the treaties incorporated by the ISHR) sometimes refuse to accept the jurisprudence of the System in litigation involving cases in which they were condemned for violating human rights prerogatives? The answer to that is far from simple, but this research will try to find it through one of the many Constructivist strands of International Relations Theory, with particular interest in the works of Alexander Wendt⁹ and Courtney Hillebrecht¹⁰.

On that account, the first aim of the present article is to analyze the response of the Brazilian Supreme Court (*Supremo Tribunal Federal*, in Brazilian Portuguese) to the norms and jurisprudence of the Inter-American System of Human Rights and how they exercise influence or not in the institutional and juridical developments that take place in the Court. In order to do that, we have selected the cases of: 1) the human rights violations involving Brazil in the case: “Gomes Lund and others versus (v.) Brazil”, and also in the recent case “Herzog and others v. Brazil”, which have similar backgrounds and demands, in order to analyze whether they had or not influence on the Court’s understandings; and 2) the decision of the Brazilian Supreme Court over the impossibility of imprisonment of the unfaithful depositary based on the American Convention of Human Rights. And as a secondary goal, we intend to identify the reasons why the Court has complied or not with

6 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 143-148.

7 ABRAMOVICH, Víctor. From massive violations to structural patterns: new approaches and classic tensions in the Inter-American human rights system. *Sur, Rev. Int. Direitos Human.*, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 6-39, Dec. 2009. Available at: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200002&lng=en&nrm=iso>. Access on: 15 feb. 2018. p. 7.

8 PINHEIRO, Paulo Sergio. *Democratic consolidation and human rights in Brazil*. 1998. The Helen Kellogg Institute for International Studies. Available at: <https://kellogg.nd.edu/sites/default/files/old_files/documents/256_0.pdf>. Access on: 15 feb. 2018. p. 6.

9 Wendt is Mershon Professor of International Security and Professor of Political Science at the Ohio State University.

10 Hillebrecht is an associate professor in the Department of Political Science at the University of Nebraska-Lincoln. Her research interests are in international relations, human rights and international law.

the rulings or norms coming from the Inter-American System in the cases we have chosen to analyze.

The theoretical basis for this paper was the Constructivist Theory of International Relations developed in the works of Alexander Wendt and Courtney Hillebrecht, notwithstanding, the method used was the inductive one and the research mechanism was mainly based on bibliographic research.

The field of International Relations (IR) more specifically, “human rights” has been a quite new subject to be discussed by scholars and policy makers, taking into account that the diplomacy practitioners and international institutions, among other actors in foreign affairs, took a long time to consider this specific branch of rights into their debate agenda and international actions themselves. Principally in the period of the inter-world wars, the talk of rights seemed to not occupy the same position as it would on the post Second World War scenario, as accounted by Mazower:

Between the two world wars, talk of rights was far less common than it would subsequently become, and not even groups like the National Council for Civil Liberties or the French League for the Rights of Man were much concerned with human rights in the broad sense we have come today to associate with the term. Some far-sighted international lawyers formulated noble declarations and tried to pressure the League into adopting them: almost no one, at the time, took any notice¹¹.

In this sense, even though human rights didn’t necessary became a reality to all countries around the globe, they certainly incorporated, from 1945 and beyond, the debate agenda of many countries and institutions as well by scholars of different areas. Despite the fact that the study field of IR has not offered us with a specific and independent theory of human rights in international relations, it’s acknowledgeable the works of different authors who attempted to study the phenomenon and the impact of human rights in international politics¹².

11 MAZOWER, Mark. The strange triumph of human rights. *The Historical Journal*, [S.L.], v. 47, n. 2, p. 379-398, jun. 2004. Cambridge University Press (CUP). <http://dx.doi.org/10.1017/s0018246x04003723>. Available at: <<https://www.mazower.com/articles/HJ.pdf>>. Access on: 15 feb. 2018. p. 379-380.

12 See, among others: Vincent, R. J. *Human rights and international relations*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1987; Lauren, Paul Gordon. *The evolution of international human rights: visions seen*. 2d ed. Pennsylvania Studies in Human Rights. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2003; Michael Goodhart (ed), *Human rights: Politics and Practice* (Oxford: OUP, 2009). Henkin, Louis. *The age of rights*. New York: Columbia University Press, 1990.

Stephen M. Walt asked a very important question in the late 1990s regarding the state of IR theory at that time: “why should policy makers and practitioners care about the scholarly study of international affairs?”¹³. Well, according to him, the abstract world of theory shares an intimate relation with the world of policy, and we could not agree more. Especially when talking about the “scientific” theories of IR, such as the Structural Realism of Kenneth Waltz. The members of the Frankfurt School would say that such theories had an ultimate goal, which is to manipulate the external world¹⁴.

Thus, IR theories tried for a long time not only to make sense of the relations among States, but as well to shape world politics, serving for an instrumental purpose that is frequently hidden but is filled with interests that have direct impact in reality, by either supporting the status quo or transforming the world in its favor. Professor Herrera Flores, in a statement that is very coherent with what would later be known as the “Critical School” of Human Rights literature, professes that “theories constitute and reproduce practices and concrete forms of cultural and social production”¹⁵. This is what we will consider to be the *Zeitgeist* of this article.

We understand theory not only as a mere representation of the social world, but as well as a Funding Father of new worlds and new sets of beliefs. Therefore, when one takes into analysis the way scholars in IR have perceived the role of human rights in global affairs so far, it is possible to acknowledge that some of them have misshapen the talk of rights or human rights practices more broadly, so it could fit the expectations of IR theorists. It is an effort to manipulate different representations of reality, even though some deny to see it this way.

According to Dunne and Hanson, the study of human rights in IR can be divided into three theoretical approaches: Realism, Liberalism and Constructivism¹⁶.

13 WALT, Stephen M. International relations: one world, many theories. *Foreign Policy*, [S.L.], n. 110, p. 29-46, Spring 1998. JSTOR. <http://dx.doi.org/10.2307/1149275>. Available at: <https://www.jstor.org/stable/1149275?seq=1#page_scan_tab_contents>. Access on: 13 sep. 2018. p. 29.

14 GEUSS, Raymond. *The idea of a critical theory*. Habermas and the Frankfurt School. Cambridge: Cambridge University Press, 1981. p. 55-95.

15 FLORES, Joaquín Herrera. *La reinvencción de los derechos humanos*. Andalucía: Atrapasueños, 2008. p. 116. Our translation.

16 DUNNE, Tim; HANSON, Marianne. Human rights in international relations. In: GOODHART, Michael (Ed.). *Human rights: politics and practice*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 61-76.

Realists are completely skeptical about the existence or fulfillment of the human rights in global affairs, to them “human rights are very low on the list of national policy goals”¹⁷.

Differently, the liberalist approach defends the existence of moral universal principles inherent to life in society and to the achievement of human dignity¹⁸. Yet, both approaches are insufficient to the advancement of the talk of rights in IR. And they are because Realism neglects the global role that human rights have assumed in the contemporary international society, and Liberalism is revealed as normative as Realism when it accounts for the existence of universal binding principles that should regulate the conduct of states’ actions and it doesn’t account for change or discussions of these principles at all.

For that so, Constructivism has showed to be an important scape from the dilemma offered by the other two theories past presented. It differs from previous analysis of human rights in IR because it doesn’t take human rights for granted or place them as universal unchangeable principles, instead, it sees them as social constructed.

Differing from liberalists, in his notable book entitled “Human Rights as Social Construction”, Benjamin Gregg criticizes the conception of rights that is “valid independently of all institutions, and valid regardless of whether they are recognized by anyone [...]”¹⁹. Alternately, he provides a study that attempts to demonstrate that human rights are social constructed and they should be built upon local constructions of limited but expandable validity.

Differing then from scholars, the constructivists authors do not deny or try to impose a global validity of human rights, they simply argue that “there is no necessary tension between the interests of sovereign states and the moral principles associated with the promotion and protection of human rights”²⁰. Taking this context

into account, it is imperative to shine a new light upon the regional systems for the protection of human rights, as this paper is based primarily on the constructivist approach, it tries to analyze the role that the ISHR exercises in America, more specifically in Brazil, through a theoretical perspective that doesn’t deny human rights or embrace them as universal unchanging values, but instead, provides a more broaden perspective which considers the main social processes involved in the creation, promotion and protection of human rights in different social contexts.

2. CONTEXTUALIZATION OF THE CONSTRUCTIVIST APPROACH TO HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL RELATIONS

This section intends primarily to draw an overlook over the core assumptions regarding the constructivist approach to human rights in order to provide an analytical basis for further investigation and analysis of the empirical cases chosen to be studied on the next division of this paper. Even though Alexander Wendt is the cornerstone that sustains this study²¹, other constructivist authors (mainly Courtney Hillebrecht) are also going to be taken into consideration because their work is able to help enriching the research and its objectives. It also analyzes briefly the impact of the Inter-American System’s jurisdiction in the Brazilian legal order.

One might ask, how is it possible to have a Wendt’s constructivist approach to human rights if the author himself never actually wrote anything about human rights on his major scholarly works? Well, it’s acknowledgeable that Wendt didn’t account for the subject in his seminal book entitled “Social Theory of International Politics”²², but if it wasn’t for the theoretical efforts of him, we wouldn’t be able to talk about human rights in IR theory at all.

national relations. In: GOODHART, Michael (Ed.). *Human rights: politics and practice*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 61-76. p. 64.

21 The reason we have chosen to work with Wendt is primarily due to the possibility that the works of the author open in IR theory to work with norms, values, ideas, identities, interest and other mechanisms which exercise influence in a society of States, also, previous theory lack on a social analysis of States’ behavior in international relations because they consider the way the States act globally through a materialist and determinist view.

22 WENDT, Alexander. *Social theory of international politics*. New York: Cambridge University Press, 1999.

17 DUNNE, Tim; HANSON, Marianne. Human rights in international relations. In: GOODHART, Michael (Ed.). *Human rights: politics and practice*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 61-76. p. 63.

18 CHARVET, John; NAY, Elisa Kaczynska. *The liberal project and human rights: the theory and practice of a new world order*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 59-78.

19 GREGG, Benjamin. *Human rights as social construction*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 1.

20 DUNNE, Tim; HANSON, Marianne. Human rights in inter-

While previous theories of International Relations (*i.e.* mainly liberalism and realism) focus on material factors such as power or trade, constructivism pays close attention to the impact of ideas in the international system, “although power is not irrelevant, constructivism emphasizes how ideas and identities are created, how they evolve, and how they shape the way states understand and respond to their situation”²³.

And in doing so, constructivism accounts for change, in anarchy and in the way the States perceive each other within it. Wendt believes that anarchy does not possess only one logic of conflict and competition, but the opposite, it can embrace logics of conflict or cooperation, depending on what the states make of it (anarchy)²⁴. Consequently, it is possible to imagine that the States might follow human rights principles if the social context they are embedded and participate as agents of change acknowledge values and principles as human rights to be important.

One of the prominent contributions to the author towards the role of human rights protection in the international scenario is the one regarding identities and interests. Wendt argues that is not possible for an actor to define its identity in an isolated context, “actors acquire identities — relatively stable, role-specific understandings and expectations about self — by participating in such collective meanings”²⁵.

Thus, how is it possible to affirm that a State will necessarily consider invalidate the significance of human rights values prior to the participation of this State in relations with other actors which have themselves their own conceptions over this matter? Well, it is not. It is only possible to construct meanings over something participating collectively in the construction of these meanings: “each person has many identities linked to institutional roles, such as brother, son, teacher, and ci-

tizen. Similarly, a state may have multiple identities as “sovereign,” “leader of the free world [...]”²⁶ or human rights protector, but these identities can hardly be defined before looking into the social interaction and expectancy roles of the actors therefore analyzed.

Another important category to be taken into consideration is Wendt’s notion of *interest* in international politics. Many authors of the realist theory of IR have argued that the major interest of States in the international system is to seek for survival, as if all of the others actors served as threats to the permanency of one State’s security and livelihood, however, this view ignores the process of identity formulation and that identities are the basis for interest.

According to Wendt, “actors do not have a “portfolio” of interests that they carry around independent of social context; instead, they define their interests in the process of defining situations”²⁷. And being so, a State can - depending on the social context and processes of identity formulation – define that the protection of human rights is indeed in its best interest, or it cannot, but is not up for us to say, but rather it is going to be a result of international interaction among states and other actors who are going to decide what is supposed to be in their *ordre du jour* or not.

Not only the social interaction among actors is responsible for defining identities and interests, institutions play a significant role in guiding the States’ internalization of new identities and interests, notwithstanding, this process which the author called “institutionalization”, does not happen from outside to inside, instead, it is a cognitive process that can’t simply exist apart from the actors’ ideas about the world, consonant to him:

An institution is a relatively stable set or “structure” of identities and interests. Such structures are often codified in formal rules and norms, but these have motivational force only in virtue of actors’ socialization to and participation in collective knowledge [...] As collective knowledge, they are experienced as having an existence “over and above the individuals who happen to embody them at the moment.” In this way, institutions come to confront

23 WALT, Stephen M. International relations: one world, many theories. *Foreign Policy*, [S.L.], n. 110, p. 29-46, Spring 1998. JSTOR. <http://dx.doi.org/10.2307/1149275>. Available at: <https://www.jstor.org/stable/1149275?seq=1#page_scan_tab_contents>. Access on: 13 sep. 2018. p. 41.

24 WENDT, Alexander. Anarchy is what states make of it: the social construction of power politics. *International Organization*, [S.L.], v. 46, n. 2, p. 391-425, jan. 1992. Available at: <<http://www.jstor.org/stable/2706858>>. Access on: 19 feb. 2018. p. 391-425.

25 WENDT, Alexander. Anarchy is what states make of it: the social construction of power politics. *International Organization*, [S.L.], v. 46, n. 2, p. 391-425, jan. 1992. Available at: <<http://www.jstor.org/stable/2706858>>. Access on: 19 feb. 2018. p. 397.

26 WENDT, Alexander. Anarchy is what states make of it: the social construction of power politics. *International Organization*, [S.L.], v. 46, n. 2, p. 391-425, jan. 1992. Available at: <<http://www.jstor.org/stable/2706858>>. Access on: 19 feb. 2018. p. 398.

27 WENDT, Alexander. Anarchy is what states make of it: the social construction of power politics. *International Organization*, [S.L.], v. 46, n. 2, p. 391-425, jan. 1992. Available at: <<http://www.jstor.org/stable/2706858>>. Access on: 19 feb. 2018. p. 398.

individuals as more or less coercive social facts, but they are still a function of what actors collectively “know.” Identities and such collective cognitions do not exist apart from each other; they are “mutually constitutive”²⁸.

In this sense, we came to realize that if institutions such as international regimes do not comply with previous settled identities and interests of the actors involved in the social context they intend to “regulate”, they are meant to fail. This is the opinion of Moravcsik relating to what is needed to create an effective international human rights regime. The scholar establishes that domestic factors (to include State’s and Civil Society’s interests) are much relevant to the consolidation of an international regime for the protection and promotion of human rights:

[...] the most important factor defining the opportunities for and constraint on cooperation is the level of convergence of national preferences, which in turn reflect the demands of those domestic groups represented by the state (Burley, 1993a; Moravcsik, 1992). Effective international regimes are likely to emerge only where they have deep roots in the functional demands of groups in domestic and transnational society, as represented by the domestic political institutions that mediate between society and the state. Regimes foster compliance with international norms not by altering the external incentives facing a unitary state, but by altering the domestic incentives facing societal groups and politicians, thereby shifting the domestic coalitions that define state preferences²⁹.

It is recognizable, thus, that international institutions for the protection of human rights should rise from the States’ interests and also from demanding inner forces such as domestic actors as the organized civil society, NGOs and etc. But after the creation and establishment of such institutions, what would happen to them if it is no longer in a State’s (or specific political group in power) interest to follow their recommendations and rules?

Well, an institution *per se* is a durable, long-term social construction, as stated by Hughes *apud* Keohane: “the only idea common to all usages of the term ‘insti-

tution’ is that of some sort of establishment of relative permanence of a distinctly social sort”³⁰. Consequently, international institutions such as an international regime for the protection of human rights shouldn’t be left to the willing of a single deviant actor once they were established by an ongoing pattern of practices and reciprocity among the social actors involved in this institutionalized context.

However, even though being aware of this and being embedded in these institutionalized environments, some States fight against compliance when relating to International Human Rights Courts (IHRCS), but why do they do so? The answer to this question can be blurred, but we will try to clarify as much as possible through the constructivist approaches of Hillebrecht³¹. In a sense that the author is responsible for a large theoretical and empirical work in which she analyzes countries and their acceptance or denial of human rights recommendations from regional systems for the protection of human rights, including the Inter-American one.

One of the greatest challenges for regional mechanisms for the protection of human rights (especially the Inter-American System) is compliance. According to Mazzuoli, one complex question is the one related to the sentences propelled by the Inter-American Court, as the author stated, the ISHR has yet to achieve an effective system for the execution of the Court’s verdicts, he affirms that the great problem that exists with respect to the full compliance of the obligations imposed on States by the Inter-American Court is not in the indemnity part of the sentence, but in the difficulty of internally performing the duties of investigating and punishing those responsible for human rights violations³².

30 KEOHANE, Robert O. International institutions: two approaches. *International Studies Quarterly*, [S.L.], v. 4, n. 32, p. 379-396, dec. 1988. Available at: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/161137/mod_resource/content/1/Keohane_1988_-_International_Institutions_-_two_approaches.pdf>. Access on: 19 feb. 2018. p. 382.

31 HILLEBRECHT, C. Rethinking compliance: the challenges and prospects of measuring compliance with international human rights tribunals. *Journal of Human Rights Practice*, [S.L.], v. 1, n. 3, p. 362-379, 16 set. 2009. Available at: <<https://academic.oup.com/jhrp/article-abstract/1/3/362/2188667>>. Access on: 19 feb. 2018; HILLEBRECHT, Courtney. The domestic mechanisms of compliance with international human rights law: case studies from the inter-american human rights system. *Human Rights Quarterly*, [S.L.], v. 34, n. 4, p. 959-985, 2012. Johns Hopkins University Press. <http://dx.doi.org/10.1353/hrq.2012.0069>. Available at: <<https://muse.jhu.edu/article/489370/pdf>>. Access on: 6 mar. 2018.

32 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional*

28 WENDT, Alexander. Anarchy is what states make of it: the social construction of power politics. *International Organization*, [S.L.], v. 46, n. 2, p. 391-425, jan. 1992. Available at: <<http://www.jstor.org/stable/2706858>>. Access on: 19 feb. 2018. p. 399.

29 MORAVCSIK, Andrew. Explaining international human rights regimes: liberal theory and western Europe. *European Journal of International Relations*, London, Thousand Oaks, CA and New Dheli, v. 1, n. 2, p. 157-189, jan. 1995. Available at: <<https://www.princeton.edu/~amoravcs/library/explain.pdf>>. Access on: 19 feb. 2018. p. 158.

Despite the difficulty in implementing the human rights recommendations in different national contexts in America, the Court and the entire System itself (including the OAS), play an important role often devalued, consonant to Piovesan, the Brazilian experience reveals that international action has also aided the publicity of human rights violations, which poses the risk of political and moral embarrassment to the violating State, and in this sense, it emerges as a significant factor for the protection of human rights³³.

As stated as well by Hillebrecht,

[...] the Inter-American tribunals rely on state reporting, site-visits and updates from activists and victims and monitor compliance with their own mandates. Their main tool to foster compliance is making as much compliance information public as possible³⁴.

However, Hillebrecht stresses that although the reporting efforts by the System are important advancements into making governments' human rights obligations more transparent,

the political organs of the OAS have been very reluctant to participate in overseeing or facilitating compliance with the human rights institutions, which has dampened the impact of the tribunals on the states' human rights practices³⁵.

It is important to point out, before continuing, that the constructivism of Hillebrecht differs in object and method from the one of Wendt's, "while the constructivism notion of norms, legitimacy, and social processes in international relations accounts are usually applied to inter-state processes, Hillebrecht's focus is on political processes within the state"³⁶. It is due to this reason that

she was chosen to help achieving the goals of this study, because Wendt's constructivism does not offer the necessary tools to study the domestic institutions that are indeed crucial to compliance.

There are no easy answers to why the States are reluctant in complying with human rights implementation measures coming from IHRCs and what could be done about it, but in order to try to shine a light in the path to these answers, before we must analyze what current mechanisms of compliance are available in the Inter-American System. Professor Hillebrecht states that The Inter-American tribunals usually offer a broad and diverse set of recommendations and requirements in their rulings. The main supports for the System's sentences are represented in Table 1:

Table 1 - The four Hillebrecht categories of obligations set by the Inter-American Tribunals³⁷.

1. Payment of reparations to the victims and their families;
2. states' recognition of their responsibility for the violation and honoring the victims through symbolic political measures;
3. providing justice at the state level, including retrials and accountability for individual perpetrators;
4. and measures of non-repetition that will prevent the same abuses from happening in the future.

Source: Hillebrecht (2009), table elaborated by the authors.

In Brazil, the doctrine adopted by the Supreme Court relating to the adequacy of the national legal order to the norms and recommendations in human rights treaties ratified and homologated by the Brazilian Republic is called "control of conventionality". Through the use of this doctrine, Brazilian jurists are able to adequate the country's legislation to both international treaties of human rights, and the requirements and re-

público. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 993-996.

33 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 444-445.

34 HILLEBRECHT, C. Rethinking compliance: the challenges and prospects of measuring compliance with international human rights tribunals. *Journal of Human Rights Practice*, [S.L.], v. 1, n. 3, p. 362-379, 16 sep. 2009. Available at: <<https://academic.oup.com/jhrp/article-abstract/1/3/362/2188667>>. Access on: 19 feb. 2018. p. 364.

35 HILLEBRECHT, C. Rethinking compliance: the challenges and prospects of measuring compliance with international human rights tribunals. *Journal of Human Rights Practice*, [S.L.], v. 1, n. 3, p. 362-379, 16 sep. 2009. Available at: <<https://academic.oup.com/jhrp/article-abstract/1/3/362/2188667>>. Access on: 19 feb. 2018. p. 364.

36 BATES, E. S. Sophisticated constructivism in human rights compliance theory. *European Journal of International Law*, [S.L.], v. 25, n. 4, p. 1-20, 1 nov. 2014. Available at: <<https://doi.org/10.1093/ejil/chu084>>. Access on: 19 feb. 2018. p. 8.

37 Table elaborated by the authors, content found in: HILLEBRECHT, C. Rethinking compliance: the challenges and prospects of measuring compliance with international human rights tribunals. *Journal of Human Rights Practice*, [S.L.], v. 1, n. 3, p. 362-379, 16 sep. 2009. Available at: <<https://academic.oup.com/jhrp/article-abstract/1/3/362/2188667>>. Access on: 19 feb. 2018. p. 365.

commendations of the Inter-American Commission and the Inter-American Court³⁸:

the control of conventionality is a tool used in order to achieve the material compatibility between the normative acts of the signatory States and the provisions laid down in an international treaty [...] ³⁹.

The Constitutional Amendment N° 45/2004, which added Paragraph 3rd to Art. (5) of the Brazilian Federal Constitution has brought the possibility of international human rights treaties approved with a qualified quorum to pass from a materially constitutional status to the (formal) condition of treaties equivalent to constitutional amendments⁴⁰. However, this mechanism has hardly ever been used and the only international treaty incorporated to the constitutional level was the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) (Decree 6.949/2009).

Therefore, even though the country has national institutional mechanisms to account for changes, why Brazil hardly ever changes its legislation to be in conformation with international human rights rules and moreover the Inter-American System's resolutions? Hillebrecht states that some measures elaborated by these regional human rights tribunals are costlier than others:

[...] she finds that states might be more willing to incur financial or symbolic costs than to reform legislation or conduct new trials [...] some remedies may be more politically costly than others to implement. States which are asked to implement remedies of non-repetition or to conduct retrials will face higher political stakes than those required merely to provide compensation, and cover costs and expenses⁴¹.

This relies also in the fact that the OAS itself does not offer mechanisms to enforce compliance, without any specific organ or measure designed to impose sanc-

tions to state-members in cases they were charged and condemned for human rights violations it becomes really hard for the Inter-American System to assure that the States will comply with its ruling.

These are some important factors that the constructivist approach takes into consideration when measuring States' compliance to International Human Rights Systems' rulings, considering both the domestic (such as internal political struggle or a State's national institutions) and the international political context (such as the inertia of OAS, as above mentioned) instead of blaming the anarchy of the international system or the way in which one State is constituted (mainly if it is a liberal democracy or not) as main factors to determine whether a country is able to protect and promote human rights or not⁴², hence, constructivism from Wendt to Hillebrecht allows us to go deeper inside the problem of human rights implementation, differently from the traditional approach to human rights in IR theory.

3. BRAZIL UNDER THE RULE OF THE INTER-AMERICAN SYSTEM – SEEING THROUGH CONSTRUCTIVIST LENSES

This division is responsible for bringing to light some cases in which the Brazilian Supreme Court has

42 Neorealists such as Waltz would point out the cause of non-compliance of States to Human Rights Courts to the "nature" of the international system: anarchy, not simply the non-existence of a global political binding power, but specially in the rules in which he believes to be present in this anarchical environment, to him "anarchy shapes the politics of international systems" (DEUDNEY, 2011, p. 17), therefore, if a change doesn't happen in the *structure* of anarchy, the world politics tends to preserve some basic rules, as survival being the States' first goal in the international system, and in doing so, Waltz neglects any possibility of change in State's behavior. The liberals choose another path, yet they tend to make a similar mistake. Rawls, for an example, accounts that "[...] only liberal democratic governments are effective in protecting even those human rights specified by the Law of Peoples" (RAWLS, 1999, p. 79), in this sense, if we were to analyze through Rawls' liberal conception, the reason to comply or not with human rights recommendations would lie upon a State's particular constitution, which is completely outrageous, considering that some considered "liberal democratic States", nowadays, do not comply with International Human Rights Courts, as the USA, that hasn't signed up the American Convention or either taken part in any mechanism for external control of States' practices towards its population such as the Inter-American System. That's the reason why constructivism deepens the understanding over compliance to human rights in the international system, because it takes both changes in the international society and internal struggles into consideration when measuring compliance.

38 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 73-137.

39 SCHÄFER, Gilberto et al. Os controles de convencionalidade tradicional e interamericano: institutos distintos ou duas faces da mesma moeda?. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 3, p. 216-242, dec. 2017. Available at: <<https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/4811>>. Access on: 4 oct. 2018. p. 218.

40 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 50-68.

41 BATES, E. S. Sophisticated constructivism in human rights compliance theory. *European Journal of International Law*, [S.l.], v. 25, n. 4, p. 1-20, 1 nov. 2014. Available at: <<https://doi.org/10.1093/ejil/chu084>>. Access on: 19 feb. 2018. p. 9-10.

once showed compliance with the Inter-American System's resolutions and once did not. The theoretical background that is going to be used in order to help us explain such different moves from the Court before the jurisprudence and norms of the System was expatiated in the former section, and now, it will be applied to different empirical cases: 1) the human rights violations involving Brazil in the case: "Gomes Lund and others versus Brazil", and also in the recent case "Herzog and others versus Brazil", which have similar backgrounds and demands; and 2) the decision of the Brazilian Supreme Court over the impossibility of imprisonment of the unfaithful depositary based on the American Convention of Human Rights.

3.1. Contextualization and impacts from "Gomes Lund and others versus Brazil" and "Herzog versus Brazil" in the Brazilian Supreme Court

In the case entitled "Gomes Lund and other versus Brazil", the Inter-American Court, in 2010, condemned Brazil due to the disappearance of members of the Araguaia guerrilla, which happened during military operations developed in 1970's in the country⁴³. But before analyzing the jurisprudence of the Court regarding the case itself, it's necessary to draw a quick overview of the social-historical background that those events of forced disappearance took place.

The scenario in which Brazil was a part of in the time of the events of the Araguaia guerrilla was the Cold War one, that affected both global, regional, and local power structures. As well stated by Leffler and Painter, "for forty-five years the Cold War was at the center of world politics"⁴⁴, therefore, the dispute between the two super powers at that time (United States and Soviet Union), caused impacts in different levels inside the States of the international society, "the Cold War also shaped the foreign policy and domestic politics of most other nations around the globe. Few countries, in fact, escaped its influence"⁴⁵. In this sense, it is

possible to acknowledge that it had a great influence in Brazil's politics and economy at that time.

In Latin America, the principal characteristics of the post-Second War era was the victory the Allies (*i.e.*, democracy over fascism), almost all of the Latin American countries entered the North-American umbrella,

as the nature of the postwar international order and the hegemonic position of the US within it became clear, the dominant groups in Latin America, including the military [...], recognized the need to make some necessary political adjustments⁴⁶.

The victory of the United States and its Allies not only represented the end of totalitarianism in Europe, it represented the sunrise of the North-American ideals of capitalism, liberalism and democracy, that were to be applied with no necessary prescription across the globe, including Latin America.

At the same time as the Latin American countries were seeking to adopt a North-American model of development, based upon a liberal economy, there was, according to Bethell and Roxborough (1994), an increasing movement of pressures coming from below in these societies, especially from the urban working class that started to grow a lot in this period, and along with the working class expansion in Brazil there was a widespread expansion of union membership, in Brazil, about 351,000 workers joined working unions in 1940⁴⁷.

In this sense, once a considerable part of the population were workers at the time, the State was supposed to aim the necessities of this new uprising class, but it did not (thanks to the great influence of the Latin American elites), what caused the emergence of several communist revolutionary parties across Latin America and also in Brazil more specifically, that claimed for the necessity of social reforms that would attend the needs of the working class:

The commitment of Latin American elites to formal, liberal democracy of the kind espoused by the United States, in so far as it existed in other than a purely rhetorical form, by no means implied an acceptance of wide-ranging social reform and the

43 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 448-449.

44 LEFFLER, Melvyn P.; PAINTER, David S. Introduction. In: _____ (Ed.). *Origins of the cold war: an international history*. 2. ed. New York; Abingdon: Routledge, 1994. p. 1-12. p. 1.

45 LEFFLER, Melvyn P.; PAINTER, David S. Introduction. In: _____ (Ed.). *Origins of the cold war: an international history*. 2. ed. New York; Abingdon: Routledge, 1994. p. 1-12. p. 1.

46 BETHELL, Leslie; ROXBOROUGH, Ian. The impact of the cold war on Latin America. In: LEFFLER, Melvyn P.; PAINTER, David S. (Ed.). *Origins of the cold war: an international history*. 2. ed. New York; Abingdon: Routledge, 1994. p. 299-316. p. 302-303.

47 BETHELL, Leslie; ROXBOROUGH, Ian. The impact of the cold war on Latin America. In: LEFFLER, Melvyn P.; PAINTER, David S. (Ed.). *Origins of the cold war: an international history*. 2. ed. New York; Abingdon: Routledge, 1994. p. 299-316.

recognition of organized labor as a major political actor⁴⁸.

However, years later in Brazil (1961-1964), the former president João Goulart (Jango) started to develop a government aimed at promoting social justice and national sovereignty. His policy of valorizing labor rights, defending basic reforms - agrarian, tax, urban, educational and electoral - and independence in foreign relations, displeased the interests of the Brazilian bourgeoisie associated with the imperialist capital and the interests of the United States in the region⁴⁹. To stop Jango's reforms, several Brazilian social and military sectors performed, in 1964, a *coup d'état*. Consonant to Lara and Silva,

the civil-military coup was the capitalist resistance to the possibilities of reforms and social advances. Through violence, the reactionary sectors acted with arrests of leaderships, torture, assassinations, expulsion of leftist leaders of the country and intervention in unions⁵⁰.

In sum, this was the social-historical context that preceded the Araguaia Guerrilla (ArGr).

During the experience of the dictatorship (1964-1985), the ruling military power in Brazil had to face several revolutionary movements that were strongly against the succumbence of basic civil liberties and also the social rights that Jango had promised to guarantee. One of these movements was the ArGr, inspired by the popular and civil war that led to the Chinese Revolution of 1949, the guerrilla aimed to fight against the military dictatorship and foment, from the field (countryside), a popular democracy in Brazil⁵¹.

48 BETHELL, Leslie; ROXBOROUGH, Ian. The impact of the cold war on Latin America. In: LEFFLER, Melvyn P; PAINTER, David S. (Ed.). *Origins of the cold war: an international history*. 2. ed. New York; Abingdon: Routledge, 1994. p. 299-316. p. 308.

49 LARA, Ricardo; SILVA, Mauri Antônio da. A ditadura civil-militar de 1964: os impactos de longa duração nos direitos trabalhistas e sociais no Brasil. *Serviço Social & Sociedade*, [S.L.], n. 122, p. 275-293, jun. 2015. Available at: <<http://www.scielo.br/pdf/ssoc/n122/0101-6628-sssoc-122-0275.pdf>>. Access on: 6 mar. 2018. p. 275-293.

50 LARA, Ricardo; SILVA, Mauri Antônio da. A ditadura civil-militar de 1964: os impactos de longa duração nos direitos trabalhistas e sociais no Brasil. *Serviço Social & Sociedade*, [S.L.], n. 122, p. 275-293, jun. 2015. Available at: <<http://www.scielo.br/pdf/ssoc/n122/0101-6628-sssoc-122-0275.pdf>>. Access on: 6 mar. 2018. p. 277-278. Our translation.

51 PEIXOTO, Rodrigo Corrêa Diniz. Memória social da Guerrilha do Araguaia e da guerra que veio depois. *Bol. Mus. Para. Emílio Goeldi. Cienc. Hum.*, Belém, v. 6, n. 3, p. 479-499, dec. 2011. Available at: <<https://goo.gl/kheLYs>>. Access on: 6 mar. 2018. p. 479-499.

The ArGr took place in the southeastern regions of Pará and north of the former state of Goiás (now Tocantins), also covering lands of Maranhão, in the area known as 'Bico do Papagaio'. In this region there were supposed to exist, for the PCdoB (Communist Party of Brazil) communists, the elements considered necessary for the development of guerrilla warfare such as new lands in a recent occupation process, social conflicts over land tenure; absence of the State, failing to fulfill its basic functions and an area of difficult access because of the dense forest⁵². The Guerrilla occurred in the mid-1960s, when the first PCdoB members arrived in the region, and in 1974, when the last guerrillas were hunted and killed by the military that were trained to fight the guerrillas and ordered to not take prisoners. Executions, trace removal and torture are in the reports collected, as well as in the existing literature on guerrilla warfare⁵³.

The Inter-American Court in its denunciation alleged the responsibility of the Brazilian State for the arbitrary detention, torture and forced disappearance of 70 persons, among members of the PCdoB and farmers, as a result of actions taken by the Army in the region between 1972 and 1975. In addition, the Court requested that Brazil was to be held responsible for not investigating such violations, with the purpose of judging and punishing those responsible, with the support of the national Law n° 6,683 of August 28, 1979, the often-called Amnesty Law⁵⁴.

The results were that the only attempt to initiate an internal criminal action was judicially rejected, based on the Brazilian Amnesty Law and by time limitation procedures, thus violating the judgment of the Court in the Lund case. The representatives point out that the State,

52 NASCIMENTO, Durbens Martins. *A Guerrilha do Araguaia: paulistas e militares na Amazônia*. 2000. 199 f. Dissertation (Masters) - Planning of Development Course, Universidade Federal do Pará, Belém, 2000. Available at: <http://www.repositorio.ufpa.br/jspui/bitstream/2011/2458/1/Dissertacao_GuerrilhaAraguaiaPaulistas.pdf>. Access on: 6 mar. 2018. p. 49-60.

53 PEIXOTO, Rodrigo Corrêa Diniz. Memória social da Guerrilha do Araguaia e da guerra que veio depois. *Bol. Mus. Para. Emílio Goeldi. Cienc. Hum.*, Belém, v. 6, n. 3, p. 479-499, dec. 2011. Available at: <<https://goo.gl/kheLYs>>. Access on: 6 mar. 2018. p. 479-499.

54 CEIA, Eleonora Mesquita. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o desenvolvimento da proteção dos direitos humanos no Brasil. *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 113-152, jan. 2013. Available at: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista61/revista61_113.pdf>. Access on: 6 mar. 2018. p. 124-133.

in its December 2011 report, refers only to actions of a civil and administrative measures performed within the domestic scope, but not to any of a criminal nature, as determined by the Court in its judgment⁵⁵. In this sense, the real perpetrators of the actions of human rights violations in the Araguaia Guerrilla are yet to face justice.

This part of the sentence (individual persecution) in the Gomes Lund case, falls into the third category of obligations set by the Inter-American System according to Hillebrecht's classification: 3) providing justice at the state level, including retrials and accountability for individual perpetrators (see Table 1). When the sentence involves this category, it becomes really hard to find cases of compliance due to two main reasons: struggles in internal political institutions and fear of threatening at the individual level.

In the domestic sphere, the Brazilian Federal Supreme Court judged on April 29, 2010, the Action for Non-compliance with Basic Precept (ADPF)⁵⁶ n° 1531, in which the Court considered the Law n° 6,683 of 1979 (Amnesty Law) as being constitutional, recognizing not only its constitutionality, but the validity of its effects⁵⁷. Here, the Brazilian Supreme Court did not consider the dispositions set in the sentence of the case "Gomes Lund and others", which considered, seven months before the ADPF, that the Brazilian Amnesty Law was not valid in face of the obligations set by the international human rights law⁵⁸, even though the Executive Power had already

[...] acknowledged its responsibility for crimes committed in the repression of the Araguaia Guerrilla [...] through the enactment of the Law n° 9.140/95, in which the Brazilian State acknowledged the deaths and provided for the payment of compensation to victims' relatives⁵⁹.

On that spirit, more recently, the Inter-American Commission on Human Rights (CIDH) has also received other petitions regarding crimes committed by State agents during the military rule in Brazil. Nonetheless, on July 10, 2009, the Inter-American Commission on Human Rights was presented with a petition by the Center for Justice and International Law (CEJIL) and other several national non-governmental organizations based in Brazil, in which they alleged the international responsibility of the country for the arbitrary arrest, torture and death of the journalist Vladimir Herzog, which took place in an army unit on October 25, 1975, and by the continuous impunity of the facts, due especially to the Amnesty Law promulgated during the Brazilian military dictatorship, as above commented⁶⁰.

A settlement between Brazil and the petitioners was not reached in time, thus, it became the responsibility of the Inter-American Commission to elaborate a report setting forth the facts and stating the conclusions regarding the case, as stated in the article 50 of the American Convention on Human Rights⁶¹. Therefore, in 2015, the CIDH decided that the demands by the petitioners were valid and the Brazilian State was indeed to be held accountable for the death of Vladimir Herzog, and one of its recommendations required Brazil to

adopt all the necessary measures to guarantee that

55 CEIA, Eleonora Mesquita. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o desenvolvimento da proteção dos direitos humanos no Brasil. *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 113-152, jan. 2013. Available at: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista61/revista61_113.pdf>. Access on: 6 mar. 2018. p. 124-133.

56 In Brazilian Portuguese, "Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)". Its purpose is to prevent or remedy injuries to a fundamental precept deriving from the Constitution, resulting from any act (or omission) of the Public Power.

57 SILVA, Carla Ribeiro Volpini; WANDERLEY JUNIOR, Bruno. A responsabilidade internacional do Brasil em face do controle de convencionalidade em sede de direitos humanos: conflito de interpretação entre a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal quanto a Lei de anistia. *Revista de Direito Internacional*, [S.L.], v. 12, n. 2, p.611-629, 31 Dec. 2015. Centro de Ensino Unificado de Brasília. Available: <<http://dx.doi.org/10.5102/rdi.v12i2.3699>>. Access on: 04 Oct. 2018. p. 613.

58 SILVA, Carla Ribeiro Volpini; WANDERLEY JUNIOR, Bruno. A responsabilidade internacional do Brasil em face do controle de convencionalidade em sede de direitos humanos: conflito de interpretação entre a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal quanto a Lei de anistia. *Re-*

vista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, n. 2, p. 611-629, 31 dec. 2015. Available: <<http://dx.doi.org/10.5102/rdi.v12i2.3699>>. Access on: 4 oct. 2018. p. 613.

59 BRAGATO, Fernanda Frizzo; COUTINHO, Isabella Marschin. A efetivação do direito à memória e à verdade no contexto brasileiro: o julgamento do caso Julia Gomes Lund pela corte interamericana de direitos humanos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 125-142, 23 jul. 2012. Available at: <<http://dx.doi.org/10.5102/rdi.v9i1.1594>>. Access on: 4 oct. 2018. p. 135. Our translation. Original: "[...] reconheceu a sua responsabilidade pelos crimes ocorridos na repressão à Guerrilha do Araguaia [...] na promulgação da Lei n. 9.140/95, na qual reconheceu as mortes e dispôs sobre o pagamento de indenizações aos familiares das vítimas, e na audiência pública realizada perante a Corte IDH".

60 CIDH. *Relatório n° 71/15, Caso 12.879*: relatório de mérito: Vladimir Herzog e outros Brasil. 2015. Available at: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12879FondoPt.pdf>>. Access on: 4 oct. 2018. p. 1-2.

61 CIDH. *American Convention on Human Rights*. 1969. Available at: <<https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>> Access on: 4 oct. 2018.

the Law n° 6,683/79 (Amnesty Law) and other provisions of criminal law [...] do not continue to present an obstacle to the criminal prosecution of serious human rights violations⁶².

However, again, just like in the Gomes Lund litigation, Brazil did not follow the Inter-American Commission's recommendations and failed to investigate and sanction those responsible for the torturing and assassination of the journalist Herzog. Therefore, on July fourth, 2018, the Inter-American Court of Human Rights condemned the Brazilian State, as it follows:

The Inter-American Court concluded that, due to the lack of investigation, as well as of prosecution and punishment of those responsible for the torture and murder of Vladimir Herzog, committed in a systematic and generalized context of attacks against the civilian population, Brazil violated the rights to the judicial guarantees and the judicial protection of Zora, Clarice, André and Ivo Herzog, established in Articles 8 and 25 of the American Convention, in relation to the Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture. Likewise, the Court concluded that Brazil failed to comply with its obligation to adapt its domestic law to the Convention by virtue of the application of the Amnesty Law and other exemptions from liability prohibited by international law, thus failing to comply with Article 2 of the American Convention⁶³.

The country has one year to report to the Court the developments regarding the implementation of the measures set by the sentence, however, thus far the Brazilian Supreme Court was not called up again to rule on

the constitutionality of the Amnesty Law or other legal instruments that impose a resistance to the investigation of Herzog's assassination. Here, the accounts of professor Hillebrecht appear to be helpful once again, according to her, domestic and international political institutions and civil society actors are cornerstones when talking about implementation of the remedies set by the Inter-American Court⁶⁴.

In both cases here analyzed, "Gomes Lund v. Brazil" and "Herzog v. Brazil", transnational activism towards the realization of human rights was one the most important tools to faster the publicity and admission of such cases in the Inter-American System, in a sense that

[...] it can be affirmed that the scope of this new type of activism has a broad potentiality of effectiveness, since, in addition to remedying individual abuses, they facilitate the (re)politicization and (re)legalization of human rights policies⁶⁵.

Alongside the national and transnational activism, the enforceability of the sentences coming from the Inter-American Court of Human Rights should also be a product of judicial activism, as stated by Resende:

despite the art. 68.2 of the Pact of San José of Costa Rica refers only to the pecuniary penalty, the extra-pecuniary part of the judgments of the Inter-American Court of Human Rights *may be executed within the scope of the Brazilian Judiciary* [...]⁶⁶.

On this account, it is the duty of the Brazilian Supreme Court, as the ultimate institution to exercise the control of conventionality, to rule in favor of the dispositions found in the sentences and recommendations

62 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Herzog y otros vs. Brasil*. sentencia de 15 de marzo de 2018. 2018. Available at: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_esp.pdf>. Access on: 4 oct. 2018. p. 3. Our translation. Original: "adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que la Ley No 6.683/79 (Ley de Amnistía) y otras disposiciones del derecho penal [...] no sigan presentando un obstáculo para la persecución penal de graves violaciones de derechos humanos".

63 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Brasil es responsable por no investigar crimen de lesa humanidad cometido contra el periodista Vladimir Herzog*. 2018. Press Release. Available at: <http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_25_18.pdf>. Access on: 4 oct. 2018. p. 2. Our translation. Original: "La Corte Interamericana concluyó que, debido a la falta de investigación, así como de juzgamiento y sanción de los responsables de la tortura y asesinato de Vladimir Herzog cometidos en un contexto sistemático y generalizado de ataques a la población civil, Brasil violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial de Zora, Clarice, André e Ivo Herzog, establecidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Asimismo, la Corte concluyó que Brasil incumplió su obligación de adecuar su derecho interno a la Convención en virtud de la aplicación de la Ley de Amnistía y de otras eximentes de responsabilidad prohibidas por el derecho internacional, incumpliendo así en artículo 2 de la Convención Americana".

64 BATES, E. S. Sophisticated constructivism in human rights compliance theory. *European Journal of International Law*, [S.l.], v. 25, n. 4, p. 1-20, 1 nov. 2014. Available at: <<https://doi.org/10.1093/ejil/chu084>>. Access on: 19 feb. 2018. p. 8.

65 ALVES, Lucélia de Sena; LIMA, Renata Mantovani de. A efetividade do ativismo jurídico transnacional no sistema interamericano de direitos humanos: uma análise a partir de casos contra o Brasil. *Revista de Direito Internacional*. Brasília, v. 10, n. 2, p. 238-249, 4 jan. 2014. Available at: <<http://dx.doi.org/10.5102/rdi.v10i2.2558>>. Access on: 4 oct. 2018. p. 240. Our translation. Original: "[...] pode-se afirmar que o alcance desse novo tipo de ativismo possui uma potencialidade ampla de efetivação, uma vez que, além de remediar abusos individuais, propiciam a (re)políticação e (re)legalização das políticas relativas aos direitos humanos".

66 RESENDE, Augusto. A executividade das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 227-236, 4 jan. 2014. Available at: <<http://dx.doi.org/10.5102/rdi.v10i2.2579>>. Access on: 4 oct. 2018. p. 236. Our translation. Our italics. Original: "no que pese o art. 68.2 do Pacto de San José da Costa Rica se referir apenas à penalidade de cunho patrimonial, a parte extrapecuniária das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos pode ser executada no âmbito do Poder Judiciário brasileiro [...]".

from the Inter-American System formalized in the context of the cases we just explored, revoking the Amnesty Law, in a sense that it is necessary for the

[...] Brazilian State to reconsider its position, moving away from the authoritarian paradigm and running towards the effective protection of human rights, confronting its past in order to contribute to the reparation of victims and the non-repetition of violence by the State⁶⁷.

However, as confirmed by Piovesan⁶⁸, the region (Latin America), still lives with the reminiscences of the legacy of dictatorial authoritarian regimes, with a culture of violence and impunity, the low density of States of Law and the precarious tradition of respect for human rights, which makes it difficult to hold accountable those who violate human rights in the country (Brazil). And as marked by Hall and Scherf⁶⁹, there is still a great internal resistance on the part of the Brazilian Government and the competent institutions to accuse, prosecute and condemn these violators, making it hard to bring justice to those who have been subjected to various inhumane practices. Professor Hillebrecht considers as well the participation on the individual level, by legislators and members of the Judicial power, who might fear, retaliation, political persecution and even the loss of their positions in complying with the decisions of the Inter-American System that defy the hegemonic interests of the political elites in the country:

[...] judges and legislators might have a lot to lose if they push for compliance with a human rights tribunal's ruling. Legislators might fear the effects of compliance for their own positions and their preferred policies. Judges might be threatened by the long reach of international law into their jurisprudence. Any of these political actors might

67 BRAGATO, Fernanda Frizzo; COUTINHO, Isabella Marschin. A efetivação do direito à memória e à verdade no contexto brasileiro: o julgamento do caso Julia Gomes Lund pela corte inter-americana de direitos humanos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 125-142, 23 jul. 2012. Available at: <<http://dx.doi.org/10.5102/rdi.v9i1.1594>>. Access on: 4 oct. 2018. p. 132. Our translation. Original: “*Destarte, é necessário que o Estado brasileiro reveja o seu posicionamento, afastando-se do paradigma autoritário e voltando-se para a eficaz proteção dos direitos humanos, confrontando o seu passado de modo a contribuir para a reparação das vítimas e para a não repetição da violência estatal*”.

68 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 143.

69 HALL, Cristina de Carli; SCHERF, Erick da Luz. The failure of the inter-american system for the protection of human rights: the Case Cosme Rosa Genoveva, Evandro de Oliveira and others versus Brazil. *(Re)pensando direito*, Santo Ângelo, v. 7, n. 14, p. 55-70, dez. 2017. Available at: <<http://local.cneccan.edu.br/revista/index.php/direito/article/view/530/407>>. Access on: 6 mar. 2018. p. 55-70.

simply have a preference for the status quo and disagree with the Inter-American tribunals' rulings. The legal mandate embodied in the tribunals' rulings and recommendations can sometimes be sufficient to overcome these challenges, but legislative and judicial reluctance to comply or to oversee the executive's handling of compliance can slow or stop the compliance process⁷⁰.

In sum, in the case *Gomes Lund versus Brazil*, the sentence propelled by the Inter-American Court found certain positive achievements, the country has undertaken concrete actions in favor of civil and administrative accountability of perpetrators of human rights violations during the military regime, however, in the criminal part of the sentence (on penal responsibility), Brazilian institutions have been reluctant to the prosecution of those accountable for the deaths in the Araguaia Guerrilla, mainly due to the Amnesty Law in effect in the country.

It is possible, then, after taking into account the constructivist approach of Hillebrecht, to recognize that there are some measures set by the Inter-American System that are more political costly than others, therefore, are harder to be executed in the national level, because they might face political struggles related to the national institutions and even individuals involved in the implementation of the System's sentences in the national legal order, being these some of the determining factors for non-compliance with the Court.

3.2. The Brazilian Supreme Court and the impossibility of imprisonment of the unfaithful depositary in Brazil

Until 2008, the civil arrestment of individuals in Brazil was possible in two distinct occasions according to the country's Constitution of 1988: Article 5, LXVII – “there will be no civil prison for debt, except that of the person responsible for voluntary and inexcusable default of food obligation and that of the unfaithful depositary”⁷¹.

70 HILLEBRECHT, Courtney. The domestic mechanisms of compliance with international human rights law: case studies from the inter-american human rights system. *Human Rights Quarterly*, [S.L.], v. 34, n. 4, p. 959-985, 2012. Johns Hopkins University Press. <http://dx.doi.org/10.1353/hrq.2012.0069>. Available at: <<https://muse.jhu.edu/article/489370/pdf>>. Access on: 6 mar. 2018. p. 14.

71 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil* promulgada em 05 de outubro de 1988. Available at: <<https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/vivTodos/509f2321d97cd2d203256b280052245a?OpenDocument&Highlig>

In Roman law, the *nexum* arises, which was the solemn act of self-attachment of the debtor himself, executed through the *per manus iniectioem*, which comprised *legis actiones* (754 to 149 BC). However, this type of arrest was not seen with good eyes before the Roman plebs when, in 326 BC, the civil prison was abolished and replaced with the patrimonial responsibility. It was the *Lex Poetelia Papiria* that abolished personal execution and gave rise to the patrimonial responsibility⁷².

Notwithstanding, the first international to attempt to exclude the civil imprisonment due to debts was the “International Covenant on Civil and Political Rights” - adopted by the General Assembly of the United Nations on 19 December 1966 (and promulgated in Brazil through the Decree No. 592, of July 6, 1992) – in which states in its eleventh article that: “no one shall be imprisoned merely on the ground of inability to fulfil a contractual obligation”⁷³.

In the matter of regional protection of human rights and basic liberties, the Inter-American System (which Brazil is part of since 1992), formalized in 1969, the American Convention on Human Rights (or Pact San José, Costa Rica), that establishes in article 7 that: “no one shall be detained for debt. This principle shall not limit the orders of a competent judicial authority issued for nonfulfillment of duties of support”⁷⁴.

Nonetheless, in 2008, the Brazilian Supreme Court decided to rule in favor of the American Convention, therefore excluding the possibility of imprisonment of the unfaithful depositary - instituted by Article 5 – LXVII, of the Federal Constitution of 1988 - a decision that was headed by the Justice Gilmar Mendes, that stated the following:

Since the accession of Brazil, without reservation, to the International Covenant on Civil and Political

ht=1,constituicao&AutoFramed>. Access on: 13 sep. 2018.

72 FILARDI, Luciana. *Considerações sobre a natureza jurídica do depositário infiel*. 2011. 38 f. Paper (Undergraduation) – Law Department, Universidade Presidente Antônio Carlos, Barbacena, 2011. Available at: <<http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-894f71985609fa136653b25691a2d9cb.pdf>>. Access on: 6 mar. 2018. p. 24.

73 UNITED NATIONS. *International covenant on civil and political rights*. New York. Available at: <<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%20999/volume-999-i-14668-english.pdf>>. Access on: 13 sep. 2018.

74 ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *American convention on human rights “Pact of San Jose, Costa Rica”*. San Jose, Available at: <http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.pdf>. Access on: 13 sep. 2018.

Rights (Article 11) and the American Convention on Human Rights - Pact of San José, Costa Rica (Article 7, 7), both in 1992, there is no longer any legal basis for the civil imprisonment of the unfaithful depositary, since the special character of these international human rights diplomas reserves for them a specific place [...] in the Brazilian legal order⁷⁵.

The interpretation changes occurred in the judgment of the Extraordinary Resources (RE 349703) and (RE 466343) and the Habeas Corpus (HC 87585). And with the new understanding, the Brazilian Supreme Court adapted not only to the American Convention on Human Rights (1969), but also to the UN International Covenant on Civil and Political Rights (1966)⁷⁶, on this specific case. The Brazilian Supreme Court has complied then with the juridical hermeneutics coming from international human rights law, changing therefore its understanding over a human rights matter, acknowledging that:

Magistrates and Courts, in the exercise of their interpretive activity, especially in the context of international human rights treaties, must observe a basic hermeneutical principle (such as the one proclaimed in Article 29 of the American Convention on Human Rights), to give primacy to the rule that is more favorable to the human person, in order to grant him [or her] the widest legal protection⁷⁷.

In this sense, the highest judicial authorities of the country represented in the Brazilian Supreme Court by the Justices, had together changed the interpretation of a constitutional norm in order to comply with international human rights rules and norms of interpretation, more specifically, with the Inter-American Convention and the Covenant on Civil and Political Rights, through

75 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 478. Our translation.

76 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Depositário infiel: jurisprudência do STF muda e se adapta ao Pacto*. 2009. *Portal de Notícias*. Available at: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116379>>. Access on: 4 oct. 2018.

77 FELICIANO, Guilherme Guimarães. A prisão civil do depositário judicial infiel economicamente capaz: um outro olhar. *Rev. Trib. Reg. Trab.* 3ª Reg., Belo Horizonte, v. 79, n. 49, p. 55-79, jan./may 2009. Available at: <https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_79/guilherme_guimaraes_feliciano.pdf>. Access on: 4 oct. 2018. p. 60. Our translation. Original: “Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica”.

which Brazil had taken a commitment to fulfill all the obligations set by these treaties ratified by the country, showing that in this specific case, the Brazilian Supreme Court ruled in favor of the most favorable norm for the experimentation of human dignity.

This is a case for compliance, even though the Brazilian Supreme Court was not following a jurisprudence from the System, but instead a human right normative, it showed the willing of the country and its institutions at that time to comply with human rights norms even before the State could be submitted to a trial due to violations of such norm. This decision propelled by the Supreme Court can be considered less political costly, because it does not attack directly the interests of any important actor in the process of decision taken underneath the Public Power in the country and it does not require profound changes in Brazilian institutions, therefore making it easier for compliance with international human rights rules as the ones stated in the American Convention on Human Rights.

4. FINAL CONSIDERATIONS

The first aim of this article was to analyze the response of the Brazilian Supreme Court to the norms and jurisprudence of the Inter-American System of Human Rights and how they exercise influence or not in the institutional and juridical developments that take place in the Court. In order to do that, we analyzed the cases of: 1) the human rights violations involving Brazil in the case: “Gomes Lund and others versus (v.) Brazil”, and also in the recent case “Herzog and others v. Brazil”, which have similar backgrounds and demands, in order to analyze whether they had or not influence on the Court’s understandings; and 2) the decision of the Brazilian Supreme Court over the impossibility of imprisonment of the unfaithful depositary based on the American Convention of Human Rights. And as a secondary goal, we intended to identify the reasons why the Court has complied or not with the rulings or norms coming from the Inter-American System in the cases we have chosen to analyze.

As it could be seen throughout this research, the Inter-American System has grown over the years along with its jurisdiction, jurisprudence, and its attempts to take actions into the promotion of human rights in the

Americas, however, the System seems to have failed in some aspects, mainly about implementing its sentences and recommendations in the national level of the States-part of the American Convention on Human Rights.

The reasons to that can hardly ever be found if we look to the actions of the Inter-American System through Realist’s or Liberalist’s lenses, as argued in Section 1. Therefore, taking into account the Constructivist way of seeing the international system (Alexander Wendt) and the relation between Human Rights Tribunals and domestic institutions (Courtney Hillebrecht), a broader perspective could be found, offering more complex tools to analyze the way the States respond to human rights norms coming from the international society.

Notwithstanding, it was possible to recognize that the Brazilian Supreme Court showed no compliance with rulings set by the Inter-American System in the case “Gomes Lund and others v. Brazil” and “Herzog and others v. Brazil”, showing resistance in changing the Amnesty Law and proved that the country’s domestic institutions are still inclined to the spirit of conservatism and authoritarianism that are reminiscent of the dictatorial legacy result of the rise of reactionary ideals during the Cold War. Having the System, in this specific case, caused little impact in the understandings and institutional developments that take place in Brazil’s highest Court.

Differently, in the other situation analyzed, the Brazilian Supreme Court ruled in favor of a norm that comes from the American Convention on Human Rights, installing the impossibility of civil arrestment of the unfaithful depositary that was legal until 2008. We came to realize that the reason for that might be because this move coming from the country’s Supreme Court was less political costly than what the Public Power in Brazil would have to do to fulfill all the measures set by the Inter-American System in the case Gomes Lund and Herzog.

What we would like to propose for future researches, is to elaborate alternatives for this gap in the Inter-American System, specially suggestions of new mechanisms of governance that could be built to potentialize the effect of the System’s jurisdiction in national levels. Even though authors showed that a possible response is to have domestic actors pressing the Public Power to act towards compliance, we believe that certain mecha-

nisms could be developed in the international level to push the States into promoting the core of rights they have committed to protect when they became members of Systems for regional protection of human rights such as the Inter-American one.

REFERENCES

- ABRAMOVICH, Víctor. From massive violations to structural patterns: new approaches and classic tensions in the Inter-American human rights system. *Sur, Rev. Int. Direitos Human.*, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 6-39, Dec. 2009. Available at: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200002&lng=en&nrm=iso>. Access on: 15 feb. 2018.
- ALVES, Lucélia de Sena; LIMA, Renata Mantovani de. A efetividade do ativismo jurídico transnacional no sistema interamericano de direitos humanos: uma análise a partir de casos contra o Brasil. *Revista de Direito Internacional*. Brasília, v. 10, n. 2, p. 238-249, 4 jan. 2014. Available at: <<http://dx.doi.org/10.5102/rdi.v10i2.2558>>. Access on: 4 oct. 2018.
- BATES, E. S. Sophisticated constructivism in human rights compliance theory. *European Journal of International Law*, [S.l.], v. 25, n. 4, p. 1-20, 1 nov. 2014. Available at: <<https://doi.org/10.1093/ejil/chu084>>. Access on: 19 feb. 2018.
- BETHELL, Leslie; ROXBOROUGH, Ian. The impact of the cold war on Latin America. In: LEFFLER, Melvyn P.; PAINTER, David S. (Ed.). *Origins of the cold war: an international history*. 2. ed. New York; Abingdon: Routledge, 1994. p. 299-316.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo; COUTINHO, Isabella Maraschin. A efetivação do direito à memória e à verdade no contexto brasileiro: o julgamento do caso Julia Gomes Lund pela corte interamericana de direitos humanos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 125-142, 23 jul. 2012. Available at: <<http://dx.doi.org/10.5102/rdi.v9i1.1594>>. Access on: 4 oct. 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. Available at: <<https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/viwTodos/509f2321d97cd2d203256b280052245a?OpenDocument&Highlight=1,constituicao&AutoFramed>>. Access on: 13 sep. 2018.
- CEIA, Eleonora Mesquita. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o desenvolvimento da proteção dos direitos humanos no Brasil. *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 113-152, jan. 2013. Available at: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista61/revista61_113.pdf>. Access on: 6 mar. 2018.
- CHARVET, John; NAY, Elisa Kaczynska. *The liberal project and human rights: the theory and practice of a new world order*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- CIDH. *AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS*. 1969. Available at: <<https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>> Access on: 4 oct. 2018.
- CIDH. *RELATÓRIO nº 71/15, Caso 12.879*: relatório de mérito: Vladimir Herzog e outros Brasil. 2015. Available at: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12879FondoPt.pdf>>. Access on: 4 oct. 2018.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Brasil es responsable por no investigar crimen de lesa humanidad cometido contra el periodista Vladimir Herzog*. 2018. Press Release. Available at: <http://www.cor-teidh.or.cr/docs/comunicados/cp_25_18.pdf>. Access on: 4 oct. 2018.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Herzog y otros vs. Brasil*: sentencia de 15 de marzo de 2018. 2018. Available at: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_esp.pdf>. Access on: 4 oct. 2018.
- DEUDNEY, Daniel. Anarchy and violence interdependence. In: BOOTH, Ken (Ed.). *Realism and world politics*. New York: Routledge, 2011. p. 17-34.
- DUNNE, Tim; HANSON, Marianne. Human rights in international relations. In: GOODHART, Michael (Ed.). *Human rights: politics and practice*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 61-76.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. A prisão civil do depositário judicial infiel economicamente capaz: um outro olhar. *Rev. Trib. Reg. Trab.* 3ª Reg., Belo Horizon-

- te, v. 79, n. 49, p. 55-79, jan./may 2009. Available at: <https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_79/guilherme_guimaraes_feliciano.pdf>. Access on: 4 oct. 2018.
- FILARDI, Luciana. *Considerações sobre a natureza jurídica do depositário infiel*. 2011. 38 f. Paper (Undergraduation) – Law Department, Universidade Presidente Antônio Carlos, Barbacena, 2011. Available at: <<http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-894f71985609fa-136653b25691a2d9cb.pdf>>. Access on: 6 mar. 2018.
- FLORES, Joaquín Herrera. *La reinención de los derechos humanos*. Andalucía: Atrapasueños, 2008.
- GEUSS, Raymond. *The idea of a critical theory: Habermas and the Frankfurt School*. Cambridge: Cambridge University Press, 1981.
- GREGG, Benjamin. *Human rights as social construction*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- GROVOGUI, Siba N. *Mind, body, and gut: elements of a postcolonial human rights discourse*. 2006. Available at: <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=iclc_papers>. Access on: 15 feb. 2018.
- HALL, Cristina de Carli; SCHERF, Erick da Luz. The failure of the inter-american system for the protection of human rights: the Case Cosme Rosa Genova, Evandro de Oliveira and others versus Brazil. (*Re pensando direito*, Santo Ângelo, v. 7, n. 14, p. 55-70, dez. 2017. Available at: <<http://local.cneccsan.edu.br/revista/index.php/direito/article/view/530/407>>. Access on: 6 mar. 2018.
- HILLEBRECHT, C. Rethinking compliance: the challenges and prospects of measuring compliance with international human rights tribunals. *Journal of Human Rights Practice*, [S.L.], v. 1, n. 3, p. 362-379, 16 set. 2009. Available at: <<https://academic.oup.com/jhrp/article-abstract/1/3/362/2188667>>. Access on: 19 feb. 2018.
- HILLEBRECHT, Courtney. The domestic mechanisms of compliance with international human rights law: case studies from the inter-american human rights system. *Human Rights Quarterly*, [S.L.], v. 34, n. 4, p. 959-985, 2012. Johns Hopkins University Press. <http://dx.doi.org/10.1353/hrq.2012.0069>. Available at: <<https://muse.jhu.edu/article/489370/pdf>>. Access on: 6 mar. 2018.
- KEOHANE, Robert O. International institutions: two approaches. *International Studies Quarterly*, [S.L.], v. 4, n. 32, p. 379-396, dec. 1988. Available at: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/161137/mod_resource/content/1/Keohane_1988-International_Institutions-two_approaches.pdf>. Access on: 19 feb. 2018.
- LARA, Ricardo; SILVA, Mauri Antônio da. A ditadura civil-militar de 1964: os impactos de longa duração nos direitos trabalhistas e sociais no Brasil. *Serviço Social & Sociedade*, [S.L.], n. 122, p. 275-293, jun. 2015. Available at: <<http://www.scielo.br/pdf/ssoc/n122/0101-6628-ssoc-122-0275.pdf>>. Access on: 6 mar. 2018.
- LEFFLER, Melvyn P.; PAINTER, David S. Introduction. In: _____ (Ed.). *Origins of the cold war: an international history*. 2. ed. New York; Abingdon: Routledge, 1994. p. 1-12.
- MAZOWER, Mark. The strange triumph of human rights. *The Historical Journal*, [s.l.], v. 47, n. 2, p. 379-398, jun. 2004. Cambridge University Press (CUP). <http://dx.doi.org/10.1017/s0018246x04003723>. Available at: <<https://www.mazower.com/articles/HJ.pdf>>. Access on: 15 feb. 2018.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MORAVCSIK, Andrew. Explaining international human rights regimes: liberal theory and western Europe. *European Journal of International Relations*, London, Thousand Oaks, CA and New Dheli, v. 1, n. 2, p. 157-189, jan. 1995. Available at: <<https://www.princeton.edu/~amoravcs/library/explain.pdf>>. Access on: 19 feb. 2018.
- NASCIMENTO, Durbens Martins. *A Guerrilha do Araguaia: paulistas e militares na Amazônia*. 2000. 199 f. Dissertation (Masters) – Planning of Development Course, Universidade Federal do Pará, Belém, 2000. Available at: <http://www.repositorio.ufpa.br/jspui/bitstream/2011/2458/1/Dissertacao_GuerrilhaAraguaiaPaulistas.pdf>. Access on: 6 mar. 2018.
- ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *American Convention On Human Rights "Pact Of San Jose, Costa Rica"*. San Jose, Available at: <http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_

Rights.pdf>. Access on: 13 sep. 2018.

PEIXOTO, Rodrigo Corrêa Diniz. Memória social da Guerrilha do Araguaia e da guerra que veio depois. *Bol. Mus. Para. Emílio Goeldi. Cienc. Hum.*, Belém, v. 6, n. 3, p. 479-499, dez. 2011. Available at: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUK Ewib2-vm5trZAhWHUJAKHXgcCOcQFggoMAA&url=http://www.scielo.br/pdf/bgoeldi/v6n3/02.pdf&usq=AOvVaw3ljnLiHqlj6_bordaLC09q>. Access on: 6 mar. 2018.

PINHEIRO, Paulo Sergio. *Democratic consolidation and human rights in Brazil*. 1998. The Helen Kellogg Institute for International Studies. Available at: <https://kellogg.nd.edu/sites/default/files/old_files/documents/256_0.pdf>. Access on: 15 feb. 2018.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RAWLS, John. *The law of peoples: with "The Idea of Public Reason Revisited"*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

RESENDE, Augusto. A executividade das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 227-236, 4 jan. 2014. Available at: <<http://dx.doi.org/10.5102/rdi.v10i2.2579>>. Access on: 4 oct. 2018.

SCHÄFER, Gilberto et al. Os controles de convencionalidade tradicional e interamericano: institutos distintos ou duas faces da mesma moeda?. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 3, p. 216-242, dec. 2017. Available at: <<https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/4811>>. Access on: 4 oct. 2018.

SILVA, Carla Ribeiro Volpini; WANDERLEY JU-

NIOR, Bruno. A responsabilidade internacional do Brasil em face do controle de convencionalidade em sede de direitos humanos: conflito de interpretação entre a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal quanto a Lei de anistia. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 611-629, 31 dec. 2015. Available: <<http://dx.doi.org/10.5102/rdi.v12i2.3699>>. Access on: 4 oct. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Depositário infiel: jurisprudência do STF muda e se adapta ao Pacto*. 2009. *Portal de Notícias*. Available at: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116379>>. Access on: 4 oct. 2018.

UNITED NATIONS. *International covenant on civil and political rights*. New York. Available at: <<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%20999/volume-999-i-14668-english.pdf>>. Access on: 13 sep. 2018.

WALT, Stephen M. International relations: one world, many theories. *Foreign Policy*, [S.L.], n. 110, p. 29-46, Spring 1998. JSTOR. <http://dx.doi.org/10.2307/1149275>. Available at: <https://www.jstor.org/stable/1149275?seq=1#page_scan_tab_contents>. Access on: 13 sep. 2018.

WENDT, Alexander. Anarchy is what states make of it: the social construction of power politics. *International Organization*, [S.L.], v. 46, n. 2, p. 391-425, jan. 1992. Available at: <<http://www.jstor.org/stable/2706858>>. Access on: 19 feb. 2018.

WENDT, Alexander. *Social theory of international politics*. New York: Cambridge University Press, 1999.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Justiça de transição na Argentina e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: uma análise do Caso Luis Muiña ("regra 2x1")

Transitional justice in Argentina and the Inter-American System of Human Rights: an analyses of the Case Luis Muiña ("rule 2x1")

Emilio Peluso Neder Meyer

Jessica Holl

Justiça de transição na Argentina e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: uma análise do Caso Luis Muiña (“regra 2x1”)*

Transitional justice in Argentina and the Inter-American System of Human Rights: an analyses of the Case Luis Muiña (“rule 2x1”)

Emilio Peluso Neder Meyer**

Jessica Holl***

RESUMO

Em 2017, a Suprema Corte de Justiça da Nação Argentina publicou a decisão referente ao caso Luis Muiña, que havia sido condenado pela prática de crimes contra a humanidade durante a ditadura argentina e pleiteava a aplicação da chamada “regra 2x1”. Essa regra consiste em um benefício processual que assegura a contagem em dobro do período em que o detido fica em prisão cautelar, a partir do momento em que fossem completados dois anos de prisão. A Suprema Corte decidiu, em apertada maioria, pela aplicação do benefício. Contudo, nove dias após a publicação da decisão, foi aprovada pelo Congresso Nacional a Lei n. 27.362, que impede a aplicação da regra nos casos de crimes contra a humanidade. A partir desses fatos, o presente artigo tem como objetivo demonstrar que benefícios processuais, em casos de crimes contra a humanidade, ferem entendimentos consolidados da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. A hipótese de que há maior consolidação da proteção regional de direitos humanos na Argentina em vista da reação legislativa oferecida pelo Congresso Nacional. Metodologicamente, são apresentados os principais aspectos do caso Luis Muiña; na sequência, é traçado um panorama sobre o entendimento dos órgãos interamericanos sobre os crimes aqui referidos; e, por fim, é trabalhada a importância de *override* e *backlash* no caso, para a efetivação dos direitos humanos. O método dedutivo serviu-se de uma análise documental das decisões e recomendações domésticos e regionais envolvidos. Os resultados da pesquisa indicam que, em havendo instituições domésticas previamente subordinadas ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, tentativas de excepcionar proteções existentes podem ser barradas em outras instituições, ainda mais se houver pressão popular.

Palavras-chave: Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Argentina. Crimes contra a humanidade. Regra “2x1”.

* Recebido em: 26/09/2018
Aprovado em: 23/11/2018

** Professor Adjunto de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFMG (Graduação e Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado). Mestre e Doutor em Direito pela UFMG. Coordenador do Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da UFMG. Visiting Researcher no King’s College Brazil Institute (2014-2015). Pesquisador residente no Instituto de Estudos Avançados Transdisciplinares da UFMG (2018-2019). E-mail: emiliopeluso@gmail.com.

*** Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG com bolsa CNPQ. Professora Substituta da Universidade Federal de Ouro Preto. Pesquisadora do Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da UFMG. E-mail: jessica_holl@ymail.com.

ABSTRACT

In 2017, the Supreme Court of Justice of the Nation of Argentina published the decision regarding the Luis Muña case, who was charged for the commitment of crimes against humanity during the Argentinian dictatorship and pledged the application of the so called “2x1 rule”. This rule consists on a processual benefit which assured the counting in double of the period the prisoner remained of pretrial detention, since it was completed two years of detention. The Supreme Court decided, with a narrow majority, for the applicability of such benefit. However, nine days after the decision was published, it was approved by the National Congress the Statute Law n. 27.362, which prevents the application of the “2x1 rule” in cases of crimes against humanity. Based on these facts, the present article has as its aim to demonstrate that processual benefits, in the case of crimes against humanity, breach consolidated comprehensions of the Inter-American Court of Human Rights and the Inter-American Commission of Human Rights. The hypothesis is that there is a major consolidation of the protection of human rights in Argentina due to the legislative reaction offered by National Congress. Main aspects of Luis Muña case are presented; an outlook of inter-american organs comprehension on the crimes here discussed is presented; finally, we debate the importance of override and backlash for human rights effectiveness. Deductive method used a documental analyses of the domestic and regional decisions and recommendations that were involved. The results of the research indicate that, if there are domestic institutions previously subordinated to the Inter-American System of Human Rights, attempts to except the existent protections can be avoided in other institutions, especially if one adds popular pressure.

Keywords: Inter-American System on Human Rights. Argentina. Crimes against humanity.

1. INTRODUÇÃO

Em termos regionais, a Argentina tem se destacado por cumprir uma agenda de justiça de transição que é, ao mesmo tempo, compromissada com os órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e voltada a um forte acento da responsabilização criminal.

Esse cenário destoa do Brasil em que, apesar das mais de trinta ações penais ajuizadas pelo Ministério Público Federal, o Poder Judiciário permanece fiel à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 153, que julgou válida a interpretação de que crimes praticados por agentes da ditadura estavam abarcados pela Lei 6.683/1979 (Lei de Anistia), ignorando-se as condenações em casos como *Gomes Lund e Herzog*.¹

O objetivo deste trabalho é o de verificar como determinados benefícios processuais podem estar em desacordo com entendimentos firmados no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Por se tratar de crimes contra a humanidade, a aplicação da chamada “regra 2x1” aos acusados da prática de delitos nas ditaduras argentinas viola a forma como a Comissão Interamericana e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, de modo sólido, demandam a punição doméstica de graves violações de direitos humanos.

A hipótese é a de que, na Argentina, já há uma forte adesão ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, algo que define positivamente seu sistema jurídico doméstico. Ao tempo em que a Suprema Corte de Justiça da Nação Argentina contrapõe-se a um entendimento por ela mesma incorporado do sistema regional, ela gera uma reação construtiva na sociedade e nos movimentos sociais argentinos capaz de recuperar os propósitos de combate e enfrentamento de crimes de contra a humanidade, sedimentando uma concepção de justiça de transição claramente preocupada com a responsabilização criminal.

A metodologia utilizada recorre a uma análise vertical de uma decisão da Suprema Corte da Nação Argentina que foi rapidamente respondida com uma reação legislativa fortemente apoiada por movimentos sociais. Em uma perspectiva crítica, será resgatado o processo de reação à decisão tomada pela Suprema Corte de Justiça da Nação Argentina no caso Luis Muña, reação esta que contou com a aprovação da Lei 27.362/2017. A decisão procurou estender os benefícios de execução da pena dados pela Lei 24.390/1994 (a chamada “regra

1 MEYER, Emilio Peluso Neder. Criminal responsibility in Brazilian transitional justice: a constitutional interpretative process under the paradigm of International Human Rights Law. *Indonesian Journal of International and Comparative Law*, v. IV, p. 41-72, 2017. Para uma outra análise da decisão, PUGLIESE, Yuri. Lei brasileira da anistia: os conflitos entre o acordo social e a cooperação internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 93-113, jul./dez. 2012.

2x1”) àqueles condenados pela prática de crimes contra a humanidade. Apresentaremos, inicialmente, os principais argumentos trazidos pelos Ministros da Corte no referido caso, apontando o contexto político e social em que a decisão foi tomada, assim como a rápida mobilização social com consequente resposta legislativa.

Abordaremos como o Sistema Interamericano de Direitos Humanos trata os crimes contra a humanidade imputados a Muíña como crimes contra a humanidade, percorrendo a jurisprudência sobre privação arbitrária da liberdade, tortura e desaparecimento forçado. Isto permitirá comprovar a ideia de que a aplicação da chamada “regra 2x1” ao referido caso ignora e relativiza uma disciplina normativa especial dos crimes contra humanidade de alcance necessário para Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Ao cabo, demonstraremos como o necessário *override* legislativo se justificou ante um efetivo e rápido *backlash* de movimentos sociais contra a decisão judicial. Tais reações legislativas comprovam que a consolidação doméstica de decisões e recomendações do Sistema Interamericano de Direitos Humanos na Argentina permitem que outras instituições possam reagir ante a tentativa do Poder Judiciário de oferecer uma menor proteção contra os crimes contra a humanidade.

2. O CASO LUIS MUIÑA

Em 2017, a Suprema Corte de Justiça da Nação Argentina foi questionada quanto à aplicabilidade de um benefício processual na contagem da pena de Luis Muíña, condenado pela prática de crimes contra a humanidade durante a ditadura argentina. A decisão final da Suprema Corte reconheceu a aplicabilidade do benefício, em respeito aos princípios da aplicação da pena mais favorável e da razoável duração do processo, ambos estabelecidos na Constituição argentina e em instrumentos internacionais que compõem o bloco constitucional em vigor no país. Contudo, nove dias após a publicação da decisão da Suprema Corte, foi publicada nova lei interpretativa, determinando que o benefício processual em questão não é aplicável para os casos de crimes contra a humanidade. Para uma melhor compreensão dos aspectos envolvidos nessa discussão na Argentina e seus reflexos na discussão da justiça de transição em toda a América Latina, inicialmente, uma análise mais aprofundada dos fatos ocorridos mostra-se

necessária.

Luis Muíña foi condenado pelo Tribunal Oral Criminal Federal n. 2 (TOF n. 2) da Argentina a uma pena de treze anos de privação da liberdade pela prática de crimes contra a humanidade, conforme o disposto nos artigos 2º, 40, 41, 45, 54, 55, 144 inciso 1º e último parágrafo, em função do art. 142 inciso 1º — texto segundo a lei n. 20.642 — e art. 144 parágrafo 1º — texto segundo a lei n. 14.616 — do Código Penal argentino. Muíña foi considerado coautor do crime de privação ilegal da liberdade, cometido por funcionário público em abuso de suas funções e sem o cumprimento dos requisitos legais, agravado pela prática de tortura em virtude das condições de encarceramento e do tratamento dispensado às vítimas e do crime de desaparecimento forçado,² visto que uma das vítimas possui seu paradeiro desconhecido.³ A sentença também determinou a contagem da pena de 13 anos de acordo com o art. 7º da Lei n. 24.390/1994, em consonância com o disposto no art. 2º do Código Penal, que determina a aplicação da pena mais benéfica ao acusado.⁴ Assim, após dois anos de prisão preventiva, seriam computados dois dias de prisão preventiva por cada dia efetivamente cumprido (dispositivo mais conhecido como a “regra do 2x1”).

Em face dessa sentença, foi interposto recurso de cassação (*recurso de casación*), pelo Ministério Público Fiscal, que considerou a versão original da Lei n. 24.390/1994 inaplicável ao caso. A Sala IV da Câmara Federal de Cassação Penal anulou o cômputo punitivo do TOF n. 2, de acordo com o solicitado pelo Ministério Público. Como salientado pelo Min. Horacio Rosatti, relator do caso na Suprema Corte, a Sala IV da Câmara Federal afirmou que:

[...] uma sociedade não pode castigar mais severamente um fato ocorrido no passado que o mesmo fato ocorrido no presente, posto que as normas refletem a valoração social da conduta para uma comunidade e esse é um limite do poder punitivo do Estado. Isto é: temos o direito constitucional à aplicação da lei penal mais benigna retroativamente em virtude de que o disposto na lei mais benigna reflete a mudança na valoração que a comunidade efetua a respeito da conduta imputada.

Não obstante, a norma que previa a aplicação

2 ARGENTINA. Ministério Público Fiscal. *CSJ 1574/2014/RH1*. Relator: Min. Horacio Rosatti. 3 de maio de 2017. p.25.

3 ARGENTINA. Ministério Público Fiscal. *CSJ 1574/2014/RH1*. Relator: Min. Horacio Rosatti. 3 de maio de 2017. p. 5-7.

4 ARGENTINA. Ministério Público Fiscal. *CSJ 1574/2014/RH1*. Relator: Min. Horacio Rosatti. 3 de maio de 2017. p.1.

do '2x1' não foi a expressão de uma mudança na valorização social da classe de delitos que foram atribuídos neste processo, sendo que apenas se adotou, durante um curto período de tempo, um mecanismo dirigido a diminuir o prazo das prisões preventivas.

Por isso, ela não é o tipo de norma para a qual se destina o direito de aplicação da lei penal mais benigna⁵.

Restando afastada a aplicação da “regra 2x1” pela Câmara Federal de Cassação Penal, a defesa interpôs recurso extraordinário federal, declarado inadmissível, e, em sequência, suscitou uma questão de queixa federal. Esta teve sua admissibilidade apreciada em conjunto com o mérito pela Suprema Corte, uma vez que a determinação do alcance do art. 2º do Código Penal pleiteada mostrava-se indissociável da alegada arbitrariedade da decisão recorrida (e que tornaria o recurso de queixa à Suprema Corte admissível)⁶.

Conforme a decisão da Suprema Corte disponibilizada em seu endereço eletrônico na internet,⁷ o relator, Min. Horacio Rosatti, apresentou voto pela aplicação da “regra do 2x1” ao caso Luis Muíña, no que foi seguido pelos Ministros Carlos Fernando Rosenkrantz e Elena I. Highton de Nolasco, tendo o Min. Presidente Ricardo Luis Lorenzetti e o Min. Juan Carlos Maqueda apresentado votos dissidentes.⁸ Essa divisão dos ministros da Suprema Corte, já indica, por si só, o quão controversa é a matéria, por envolver a redução da pena aplicada a condenados por crimes contra a humanidade em

um dos países latino-americanos que promoveram, de forma mais eficaz, a persecução de agentes da ditadura responsáveis por graves violações de direitos humanos.

Na decisão final, a Suprema Corte destacou que, de acordo com o art. 2º do Código Penal argentino, se a pena vigente no momento do cometimento do crime for diferente da lei em vigor no momento em que a decisão sobre o caso for proferida ou se for diferente de alguma lei existente no ponto intermediário desses dois eventos — fato ilícito e proferimento da sentença — aplicar-se-á a lei mais benéfica. E, de acordo com sua jurisprudência, as regras atinentes ao cômputo da prisão preventiva são de caráter material, o que implica a aplicação do referido princípio da lei penal mais benéfica.⁹ Ademais, indicou que a primeira fonte de interpretação de um dispositivo legal é sua própria letra e que os termos empregados pelo legislador foram conscientemente escolhidos. Por esses motivos, afastou o argumento apresentado pelo Ministério Público Fiscal e adotado pela IV Sala da Câmara Federal de Cassação Penal de que a aplicação da pena mais benéfica só ocorreria quando esta representasse uma mudança da valoração social. Ressaltou, ainda, que, em um Estado Democrático de Direito, as mudanças nas valorações sociais são expressas exatamente por mudanças legislativas, como a do caso em tela, que representou uma mudança da valoração social da prisão preventiva.¹⁰

A Suprema Corte considerou, também, que a não aplicação da “regra 2x1” representa uma violação do princípio da legalidade, uma vez que nenhum instrumento normativo apresenta qualquer condicionante à aplicação do princípio da norma mais benéfica. E que, em contrapartida, o art. 2º do Código Penal é expresso ao utilizar o advérbio “sempre” indicando a universalidade da aplicação desse princípio. Dessa forma, em respeito ao princípio da legalidade, não caberia à Corte criar qualquer exceção não prevista pelo legislador, por se tratar de matéria penal.

Em seguida, a Suprema Corte destaca que está fora de questionamento o caráter continuado do crime de desaparecimento forçado cometido pelo recorrente, conforme o art. 3º da Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas de 1994, que

5 ARGENTINA. Ministério Público Fiscal. *CSJ 1574/2014/RH1*. Relator: Min. Horacio Rosatti. 3 de maio de 2017. p. 30-31.

6 ARGENTINA. Ministério Público Fiscal. *CSJ 1574/2014/RH1*. Relator: Min. Horacio Rosatti. 3 de maio de 2017. p. 3.

7 ARGENTINA. Ministério Público Fiscal. *CSJ 1574/2014/RH1*. Relator: Min. Horacio Rosatti. 3 de maio de 2017. Disponível em: <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7373073>, acesso 20/6/2017>.

8 É curioso que Rosenkrantz e Rosatti foram nomeados pelo Presidente Maurizio Macri por meio de decreto, recorrendo ele a o que dispõe o art. 99, n. 19, da Constituição argentina. Ocorre que dois nomes já haviam sido indicados por sua antecessora, Cristina Kirchner, que optou pelos juízes Eugenio Sarabayrouse e Domingo Sesin; entretanto, a aprovação do Senado específica para o cargo (de maior de dois terços) não havia ocorrido antes do final de seu mandato — é o procedimento previsto especificamente pelo art. 99, n. 4, da Constituição. Posteriormente, o Senado faria a aprovação dos nomes indicados por Macri em procedimento de duvidosa (no mínimo) inconstitucionalidade. PERTOT, Werner. *Macri se decidió por la Corte de manga*. p.1. Disponível em: <<https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-288291-2015-12-15.html>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

9 ARGENTINA. Ministério Público Fiscal. *CSJ 1574/2014/RH1*. Relator: Min. Horacio Rosatti. 3 de maio de 2017. p. 4.

10 ARGENTINA. Ministério Público Fiscal. *CSJ 1574/2014/RH1*. Relator: Min. Horacio Rosatti. 3 de maio de 2017. p. 4-5.

possui hierarquia constitucional na Argentina e a já reiterada jurisprudência do Tribunal. Entretanto, essa qualificação não é suficiente para afastar a aplicação da lei mais benéfica, uma vez que não há previsão no Código Penal — nem em qualquer outra legislação — de um tratamento diferenciado para os casos de cometimento de crimes permanentes.¹¹

Assim, ainda que existam dúvidas quanto à aplicabilidade do princípio da lei mais favorável para os crimes dessa natureza, deve-se adotar a interpretação mais benéfica ao réu, no caso, ao recorrente, uma vez que se trata de matéria penal. Do princípio da legalidade resulta a exigência de se adotar a interpretação mais restritiva, considerado o limite semântico do texto em disputa, posto que o Direito Penal se caracteriza como a última alternativa a ser empregada no ordenamento jurídico.¹²

Na sequência, a Suprema Corte destaca que, no presente caso, ela deveria pronunciar-se acerca de uma matéria sobre a qual ainda não havia uma jurisprudência consolidada. Nesse ponto, são enumerados casos que indicam que o Tribunal já se pronunciou em situações que envolviam o desaparecimento forçado e crimes permanentes de forma geral, assim como em casos que requerem a aplicação da norma penal mais benéfica, mas nunca em casos que envolvessem as duas questões simultaneamente. Desse ponto, parte para a análise de jurisprudência internacional, não sendo capaz, também, de identificar casos que envolvam simultaneamente a discussão sobre a aplicação da lei penal mais benéfica e o cometimento de crimes permanentes. É feita menção a casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) que envolvem crimes permanentes e a possibilidade de imputação de um crime que não era tipificado pela legislação interna do Estado quando do seu cometimento (Gelman vs. Uruguay, 2011 e Tiu Tojín vs. Guatemala, 2008), mas, em nenhum deles, são apresentadas considerações sobre a aplicação de uma lei penal mais benéfica¹³. E, no caso Argüelles e outros vs. Argentina, também da CorteIDH, não foi discutida a própria “regra 2x1” da Lei n. 24.390/1994, mas a necessidade de que houvesse um prazo máximo de duração

das prisões preventivas.¹⁴

A Suprema Corte considera, ainda, que o art. 7º da Lei n. 24.390/1994 esteve vigente em um período intermediário entre o cometimento do crime e a prolação da sentença, de modo que o art. 2º do Código Penal de fato impõe a sua aplicação, como lei mais benéfica ao réu. E o fato de o réu ter sido condenado pelo cometimento de crimes contra a humanidade não permite, por si só, o afastamento do disposto no art. 2º do Código Penal, uma vez que não há qualquer previsão nesse sentido, nem mesmo quando se considera a jurisprudência de tribunais internacionais. Nesse ponto, destaca que:

Mais ainda, a melhor resposta que uma sociedade respeitosa da lei pode dar ao cometimento de crimes de lesa humanidade e a única maneira efetiva e de acordo com princípios de não se parecer com aquilo que se combate e se reprova é o estrito cumprimento das leis e dos princípios que caracterizam o Estado de Direito, o que neste caso requer decidir com absoluto apego ao que está claramente ordenado pelo art. 2º do Código Penal, em razão do disposto pelo art. 18 da Constituição Nacional e pelos arts. 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos e 15.1 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, convenções internacionais que contam ambas com hierarquia constitucional [na Argentina] por assim dispor o art. 75 inciso 22 da Constituição Nacional.¹⁵

Em seguida, ressalta que o princípio da lei penal mais benéfica está presente até mesmo no Estatuto de Roma, que regula o funcionamento do Tribunal Penal Internacional, responsável pelo julgamento de crimes como genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade.¹⁶ Bem como ressalta que outros tribunais internacionais responsáveis pelo julgamento de genocídios, como o Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, reconheceram o caráter imperativo do princípio da aplicação da norma penal mais benéfica.

Merece, ainda, destaque trecho do voto do relator, Min. Horacio Rosatti, que afirma:

A humanidade contra a qual foram cometidos estes crimes exige do Estado de Direito a necessária imparcialidade na aplicação das leis referidas a seu julgamento, pois do contrário correr-se-ia o risco de percorrer o mesmo caminho de declive moral que se transitou no passado.

11 ARGENTINA. Ministério Público Fiscal. *CSJ 1574/2014/RH1*. Relator: Min. Horacio Rosatti. 3 de maio de 2017. p. 6-7.

12 ARGENTINA. Ministério Público Fiscal. *CSJ 1574/2014/RH1*. Relator: Min. Horacio Rosatti. 3 de maio de 2017. p. 8.

13 ARGENTINA. Ministério Público Fiscal. *CSJ 1574/2014/RH1*. Relator: Min. Horacio Rosatti. 3 de maio de 2017. p. 10.

14 ARGENTINA. Ministério Público Fiscal. *CSJ 1574/2014/RH1*. Relator: Min. Horacio Rosatti. 3 de maio de 2017. p. 11.

15 ARGENTINA. Ministério Público Fiscal. *CSJ 1574/2014/RH1*. Relator: Min. Horacio Rosatti. 3 de maio de 2017. p. 12.

16 ARGENTINA. Ministério Público Fiscal. *CSJ 1574/2014/RH1*. Relator: Min. Horacio Rosatti. 3 de maio de 2017. p. 12-13.

Que, finalmente, de acordo com o expressado, cabe manifestar que a existência de obrigações internacionais assumidas pelo Estado Argentino para garantir a investigação, o julgamento e a sanção aos crimes de lesa humanidade e às graves violações perpetradas aos direitos humanos, cuja rigorosa observância não se olvida de juízo, deve ser cumprida pelos tribunais argentinos sem infringir os princípios constitucionais de legalidade e devido processo, cujo descumprimento também podem acarretar responsabilidade internacional¹⁷.

Dessa forma, a Suprema Corte de Justiça, por maioria de três ministros e com dois votos dissidentes (do Presidente Juiz Ricardo Luis Lorenzetti e do Juiz Juan Carlos Maqueda), reconheceu admissível o recurso interposto e determinou a suspensão dos efeitos da sentença apelada, isto é, determinou que fosse mantida a decisão de primeira instância, de modo a aplicar a “regra do 2x1” ao caso Luis Muiña. A decisão é passível de inúmeras críticas que acompanhariam a reação dos movimentos sociais. Por ora, podemos lembrar que a aplicação da lei penal mais favorável ignora a dimensão do delito cometido — um crime contra a humanidade é equiparado a crime comum.

Com isso, abriu as portas para mais de 300 repressores dos 700 em prisão, segundo as declarações de Jorge Auat, promotor dos crimes contra humanidade do Ministério Público. Na prática, seria uma espécie de uma anistia para os repressores — um indulto ou comutação da pena encoberta — e um retrocesso enorme para o processo de justiça transicional argentino e regional.¹⁸

Assim, a aplicação do benefício processual equivaleria a uma modalidade de anistia, o que, como veremos, é rechaçado por provimentos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos já aceitos pelo sistema judicial argentino. De uma perspectiva crítica, cuida-se de verdadeiro retrocesso.

A resposta dada ao caso Luis Muiña pela Suprema Corte de Justiça não correspondeu às expectativas dos grupos da sociedade civil argentina que, historicamente, se mobilizaram pela persecução penal dos agentes envolvidos nas violações de direitos humanos ocorridas durante o período de ditadura militar. Conforme noticiado pelo jornal *The New York Times*, por meio das

redes sociais a sociedade civil argentina mobilizou-se de modo a organizar manifestações no dia 10 de maio de 2017 na Praça de Maio, em Buenos Aires, e em outras cidades do mundo, como na Cidade do México. O lema dessas manifestações foi “*Ni olvido ni perdón. No al 2x1. Nunca más genocidas libres.*” (Nem esquecimento nem perdão. Não ao 2x1. Nunca mais genocidas livres.). Esses atos foram convocados por organismos de direitos humanos ligados à causa da memória e verdade na Argentina (*Abuelas de Plaza de Mayo; Madres de Plaza de Mayo Línea Fundadora; H.I.J.O.S Capital; Asamblea Permanente por los Derechos Humanos – APDH; Asociación Buena Memoria; Comisión Memoria, Verdad y Justicia Zona Norte; Familiares y Compañeros de los 12 de la Santa Cruz; Fundación Memoria Histórica y Social Argentina; Liga Argentina por los Derechos del Hombre; Movimiento Ecueménico por los Humanos – MEDH*)¹⁹ e ganharam significativa repercussão internacional. O próprio presidente Macri, em uma conferência de imprensa em Mendoza, também no dia 10 de maio, afirmou ser contrário a toda ferramenta que facilite a impunidade.²⁰

Mesmo antes dos atos públicos contra a aplicação da “regra 2x1”, iniciou-se no Congresso Nacional Argentino uma mobilização para a aprovação de uma lei interpretativa que vedasse a aplicação do referido benefício processual nos casos de crimes de genocídio e de crimes permanentes. No dia 9 de maio — menos de uma semana depois da publicação da sentença pela Corte Suprema de Justiça no caso Luis Muiña, que ocorreu no dia 3 de maio — a Câmara dos Deputados aprovou o texto inicial da lei. Essa votação foi marcada pela formação de uma rara coalizão entre o grupo dominante e a oposição, de forma que o texto foi aprovado com 212 votos favoráveis e apenas 1 contrário (do deputado Alfredo Olmedo), e também pela presença das Madres y Abuelas de Plaza de Mayo. Já no dia 10 de maio, o texto enviado pela Câmara dos Deputados foi aprovado sem modificações pelo Senado, com 56 votos favoráveis. Assim, já no dia 12 de maio de 2017, foi publicado no Diário Oficial a Lei n. 27.362/2017, que determina, em seu art. 1º, a não aplicação da “regra 2x1” para as

17 ARGENTINA. Ministério Público Fiscal. *CSJ 1574/2014/RH1*. Relator: Min. Horacio Rosatti. 3 de maio de 2017. p. 24.

18 ROLDAN, Andres del Rio. A Corte Suprema e a falidade sentença do 2x1. *Jota*, p. 1. Disponível em: <<https://www.jota.info/opinionio-e-analise/artigos/a-corte-suprema-e-a-falida-sentencia-do-2x1-15082017>>. Acesso em: 14 nov.2018.

19 POLITI, Daniel. Argentines Fight Court’s Leniency for Human Rights Crimes. *The New York Times*, p.1. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/05/13/world/americas/argentina-mauricio-macri-luis-muia.html>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

20 EL GOBIERNO promulgó la ley para limitar la aplicación del 2x1 a represores y genocidas. *Parlamentario*, p.1. Disponível em: <<http://www.parlamentario.com/noticia-101020.html>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

categorias de crimes de lesa humanidade, genocídio ou crimes de guerra, de acordo com o direito interno e internacional.²¹

Portanto, observou-se a ocorrência do fenômeno de legislative override, que ocasionou a superação da decisão proferida pela Suprema Corte de Justiça no caso Luis Muña, a partir da promulgação, de forma quase imediata, da Lei n. 27.362/2017.²² Ademais, é interessante observar como durante todo o desenvolvimento do caso foram levantadas questões concernentes à necessidade de se respeitar o Direito Internacional dos Direitos Humanos, em especial, os entendimentos veiculados no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Dessa forma, na sequência será analisado o entendimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e da Corte Interamericana com relação aos principais elementos envolvidos no caso, isto é, os crimes pelos quais Luis Muña foi condenado (detenção arbitrária, prática de tortura e desaparecimento forçado) e a aplicação da “regra 2x1”.

3. PERSPECTIVAS A PARTIR DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos constituem-se em órgãos ligados à Organização dos Estados Americanos (OEA) destinados a assegurar a proteção dos direitos humanos na região. As denúncias de violações de direitos humanos em face de algum dos Estados-membros da OEA e que se sujeitam à jurisdição da Comissão e da Corte Interamericana, são apresentadas perante a CIDH, que realiza um julgamento prévio de admissibilidade da petição. Quando do julgamento do mérito da denúncia, a Comissão pode, como uma das

medidas cabíveis, determinar a remessa do caso para Corte, que processará e julgará a conduta do Estado. Dessa forma, ambas as instituições desenvolveram em conjunto entendimentos sobre as matérias de direitos humanos, no que estão inclusos os crimes de lesa humanidade imputados a Luis Muña, isto é, privação arbitrária de liberdade, tortura e desaparecimento forçado. Dessa forma, parte-se para uma análise do entendimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos acerca do cometimento desses crimes e da possibilidade de aplicação do benefício processual da “regra 2x1” no caso em tela.

3.1. Privação arbitrária de liberdade

No que se refere à privação arbitrária de liberdade, tanto a CorteIDH como a CIDH reconhecem que ela implica, necessariamente, uma violação ao direito à integridade e à dignidade humana. Nesse sentido, no caso *Loayza Tamayo vs. Peru* (1997), a Corte Interamericana destacou que “Todo uso da força que não seja estritamente necessário por causa do próprio comportamento da pessoa detida constitui um atentado à dignidade humana”,²³ o que pode ser aplicado, diretamente, ao caso Luis Muña, quando da detenção arbitrária das cinco vítimas. Ademais, é reconhecido um caráter inderrogável ao direito à integridade, que não pode ser suspenso em nenhuma hipótese pelos Estados.²⁴

Também é reconhecida a responsabilidade do Estado pela observância do direito à integridade de todo indivíduo que esteja sob sua custódia, uma vez que é o Estado o responsável pelo pleno cumprimento dos direitos previstos na Convenção Americana²⁵ e no Direito Internacional dos Direitos Humanos como um todo. Nesse sentido, além da privação arbitrária da liberda-

21 Lei n. 27.362/2017 – Art. 1º Em conformidade com o previsto na lei 27.156, no artigo 7º da lei 24.390 – derogada pela lei 25.430 – não é aplicável a condutas delitivas que se enquadrem na categoria de crimes de lesa humanidade, genocídio ou crime de guerra, segundo o direito interno ou internacional. (Tradução livre para o português do original: *Ley 27362 – Artículo 1º - De conformidad con lo previsto en la ley 27.156, el artículo 7º de la ley 24.390 – derogada por ley 25.430 – no es aplicable a conductas delitivas que encuadren en la categoría de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, según el derecho interno o internacional.*)

22 STEPHANOPOULOS, Nicholas. The Case for the Legislative Override. *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs* 250, p. 251-295, 2005.

23 Tradução livre para o Português do original: “Todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana.” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 10: integridad personal.* p.5. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/integridad10.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2017.).

24 Entendimento consagrado no caso do *Massacre do Povo Bello vs. Colômbia*, de 2006 (ibid., p. 12).

25 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 9: personas privadas de libertad.* p.63. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/privados9.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

de já consistir em uma ofensa aos direitos das vítimas, as condições a que elas foram submetidas também ensejam a responsabilidade estatal. E isso não apenas no caso de exposição à tortura física e psicológica (como será trabalhado adiante), mas também no que se refere à exposição da vítima a condições desumanas e degradantes. Note-se que a submissão a condições desumanas e degradantes daqueles que estão sob custódia estatal gera a responsabilidade do Estado independente de se tratar de privação arbitrária de liberdade ou não. Conforme apresentado no caso *Neira Alegria e outros vs. Peru*, julgado em 1995:

[...] toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos.²⁶

Essa especial responsabilidade do Estado por aqueles que se encontram sob sua custódia deve-se à relação de sujeição que se estabelece entre a pessoa privada de liberdade e o Estado, uma vez que, como destacado no caso “*Instituto de Reeducação do Menor*” vs. Paraguai (2004),²⁷ o Estado pode regular aspectos essenciais da vida do indivíduo em razão das condições próprias do encarceramento.

Portanto, é responsabilidade do Estado proteger aqueles que estejam sob sua jurisdição, especialmente aqueles que se encontram detidos em algum órgão estatal, assegurando o respeito às liberdades e garantias internacionalmente consagradas e seu pleno exercício por todos os indivíduos.²⁸ Assim, ao mesmo tempo em que o estado tem o direito e o dever de garantir manutenção da segurança e da ordem pública, também possui

a obrigação de respeitar os procedimentos legalmente previstos e de atuar em conformidade com os direitos humanos, com destaque para a necessidade de respeitar o direito à vida.²⁹

Ademais, a CorteIDH e a CIDH reconhecem que as pessoas privadas ilegalmente de sua liberdade encontram-se em uma situação de particular vulnerabilidade, uma vez que estão submetidas a um risco certo de que outros direitos seus sejam violados, como o direito à integridade física e o direito de serem tratadas dignamente.³⁰ Daí surgiria uma responsabilidade ainda maior do Estado investigar os fatos ocorridos e promover a responsabilização dos envolvidos, de modo a não permitir a impunidade e a perpetuação da prática da privação arbitrária da liberdade por parte dos agentes estatais.

3.2. Tortura

Para chegar na atual definição dos elementos constitutivos da prática de tortura, a Corte e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos basearam-se na Convenção Americana, em sua jurisprudência e nos entendimentos desenvolvidos por outros órgãos de proteção aos direitos humanos.³¹ Dessa forma, reconhece-se como “torturas físicas e psíquicas aqueles atos que foram planejados e realizados deliberadamente contra a vítima para suprimir sua resistência psíquica e forçá-la a se autoincriminar ou a confessar determinadas condutas delitivas ou para submetê-la a modalidades de castigos adicionais à privação de liberdade em si mesma”³². Nesse sentido, quando da avaliação da gravidade

26 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 9: personas privadas de libertad*. p.5. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/privados9.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

27 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 9: personas privadas de libertad*. p.7. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/privados9.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

28 Entendimento explicitado pela CorteIDH no caso do Cárcere do Urso Branco, envolvendo o Brasil (2002) (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 9: personas privadas de libertad*. p.6. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/privados9.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2017.).

29 Veja-se o caso *Juan Humber Sánchez vs. Honduras* (2003) (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 9: personas privadas de libertad*. p. 6-7. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/privados9.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2017.).

30 Entendimento reafirmado no caso *Cantoral Benavides vs. Peru* (2000), (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 9: personas privadas de libertad*. p. 11. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/privados9.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2017.).

31 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 9: personas privadas de libertad*. p. 18. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/privados9.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

32 Assim como a CorteIDH explicitou no julgamento do caso *Tibi vs. Ecuador* (2004). Tradução livre para o português do original: “[Son reconocidas cómo] torturas físicas y psíquicas aquellos actos que han sido preparados y realizados deliberadamente contra la víc-

dos atos que podem ser considerados como cruéis, degradantes ou desumanos, é necessário que sejam considerados todos os elementos e circunstâncias do caso, como a duração dos maus tratos, seus efeitos psíquicos e físicos, bem como aspectos subjetivos da vítima (como sexo, idade e estado de saúde)³³. Com base nessas considerações, há como elementos constitutivos do crime de tortura: um ato intencional; que cause significativos sofrimentos físicos ou psíquicos; e que tenha sido cometido com determinado fim ou propósito.³⁴

Em virtude da gravidade do crime de tortura, que é considerado um crime contra a humanidade, o Sistema Interamericano reconhece a possibilidade de relativização dos meios de prova, admitindo a utilização de provas circunstanciais, de indícios e de presunções para fundamentar a sentença.³⁵ Isso, especialmente considerando o desequilíbrio existente entre a vítima e o Estado que perpetrou, ou no mínimo foi conivente, com a prática de tortura.³⁶ Daí existir uma pauta regulatória específica para os crimes contra a humanidade, o que refuta a incidência pura e simples de determinações normativas correntes do Direito Penal, como anistia, prescrição

e mesmo modos favoráveis de cumprimento de pena.³⁷

A CorteIDH e a CIDH reconhecem, ainda, o caráter de jus cogens da proibição à tortura, que, por esse motivo, é considerada inderrogável, aplicável a todos os Estados em quaisquer circunstâncias e não admite a figura do objeto persistente. Portanto, a proibição da tortura independe de previsão em tratados ou convenções internacionais, por consistir em um dos princípios basilares do Direito Internacional. Na sentença do caso *Tibe vs. Ecuador* (2004), a Corte indica que:

Existe um regime jurídico internacional de proibição absoluta de todas as formas de tortura, tanto física como psicológica, regime que pertence, hoje em dia, ao domínio do jus cogens. A proibição da tortura é completa e inderrogável, ainda nas circunstâncias mais difíceis, tais quais guerra, ameaça de guerra, luta contra o terrorismo e quaisquer outros delitos, estado de sítio ou de emergência, comoção ou conflito interno, suspensão de garantias constitucionais, instabilidade política interna ou outras emergências ou calamidades públicas³⁸.

Assim, tanto a prática de tortura, como a imposição de outros tratamentos ou penas cruéis implicam em violação a norma preemptória do Direito Internacional,³⁹

tima para suprimir su resistencia psíquica y forzarla a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas o para someterla a modalidades de castigos adicionales a la privación de la libertad en sí misma” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 9*: personas privadas de libertad. p. 19. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/privados9.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2017.).

33 Entendimento sedimentado no caso penal *Miguel Castro Castro vs. Peru* (2006), (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 9*: personas privadas de libertad. p. 19. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/privados9.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2017.).

34 Enumeração destacada no caso *Bueno Alves vs. Argentina* (2007) e no caso *Espinoza González vs. Peru* (2014), (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 9*: personas privadas de libertad. p. 20 e 22. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/privados9.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2017.).

35 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 9*: personas privadas de libertad. p. 27. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/privados9.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

36 Destaque-se que, no caso de crimes de contra a humanidade, é necessário haver a inversão do ônus da prova, conforme já defendemos (MEYER, Emilio Peluso Neder. Crimes contra a humanidade, justiça de transição e Estado de Direito: revisitando a ditadura brasileira. *Brasiliana – Journal for Brazilian Studies*, v. 4, n. 1, p. 225, 2015.).

37 “Há um reconhecimento já efetivo dessa prática que caminha em um sentido sem retorno, passando a referida estrutura a ser parte de um direito doméstico “acostumado” (ainda que lentamente) a um genuíno Direito Internacional dos Direitos Humanos. Como bem observado por Marcelo D. Torelly, há uma progressiva incorporação de uma norma global de responsabilização individual nos diversos processos que Vicki Jackson classificou como de convergência, de articulação e de resistência. A questão é que se pode ir além, para perceber a introspecção de uma mais ampla estrutura normativa dos crimes contra a humanidade (MEYER, Emilio Peluso Neder. O constitucionalismo brasileiro perante as exigências do Direito Internacional dos Direitos Humanos: diálogos a respeito do sentido adequado de uma unidade na pluralidade normativa. In: MEYER, Emilio Peluso Neder; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa (Orgs.). *Teoria Constitucional*. Florianópolis: CONPEDI, 2015).

38 Tradução livre para o Português do original: “Existe un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica, régimen que pertenece hoy día al dominio del *ius cogens*. La prohibición de la tortura es completa e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas.” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 10*: personas privadas de libertad. p. 14. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/privados9.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2017.).

39 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Dere-*

requerendo dos Estados a devida investigação e responsabilização dos envolvidos. Isto considerando que a responsabilização individual dos envolvidos não exige a responsabilização do Estado quando aqueles que aplicaram torturas e outros tratamentos cruéis agiram na condição de agentes estatais. Portanto, cumpre ao Estado garantir as devidas reparações às vítimas pelos danos materiais e psicológicos, o que perpassa o fornecimento de tratamentos psicológicos e atenção médica. Além disso, o Estado também deve adotar medidas de não repetição, o que perpassa desde a incorporação no ordenamento interno da proibição à tortura até a implementação de protocolos de atuação e a realização de capacitação dos agentes estatais.

3.3. Desaparecimento forçado

Como exposto no “Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana n. 6: Desaparición Forzada”,⁴⁰ o desaparecimento forçado consiste em uma violação múltipla e complexa de direitos humanos, que se dá de forma continuada, o que faz com que ela seja considerada de especial gravidade. O seu caráter múltiplo e complexo é expressamente reconhecido desde o julgamento do caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 1988⁴¹. De modo semelhante, no caso *Radilla Pacheco vs. México*, cuja sentença é de 23 de novembro de 2009, a Corte aponta como sendo elementos constitutivos do crime de desaparecimento forçado a privação de liberdade, a existência de uma atuação direta de agentes estatais ou, no mínimo, sua aquiescência para com a prática e a negativa de se reconhecer a detenção ou revelar o que se sucedeu com a vítima⁴².

chos Humanos n° 10: personas privadas de libertad. p. 17. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/privados9.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2017

40 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 6: Desaparición Forzada*. p.4. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33824.pdf>>. Acesso em: 3 dez. 2016.

41 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 6: Desaparición Forzada*. p. 8-13. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33824.pdf>>. Acesso em: 3 dez. 2016.

42 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 6: Desaparición Forzada*. p.4. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33824.pdf>>. Acesso em: 3 dez. 2016.

Tanto a Comissão como a Corte Interamericana estabeleceram que o desaparecimento forçado de pessoas tem um caráter permanente ou continuado que afeta uma pluralidade de direitos, tais quais o direito à liberdade pessoal, à integridade pessoal, à vida e ao reconhecimento da personalidade jurídica. Dessa forma, foi indicado que o ato de desaparecimento e sua execução iniciam-se com a privação de liberdade da pessoa e a subsequente falta de informação sobre seu destino, e permanece enquanto não seja conhecido o paradeiro da pessoa desaparecida ou sejam identificados com certeza os seus restos. Em suma, ambos os órgãos sustentaram que a prática do desaparecimento forçado implica em um abandono crasso dos princípios essenciais em que se fundamenta o sistema interamericano de direitos humanos e cuja proibição alcançou o caráter de *jus cogens*⁴³.

Em virtude do reconhecimento dessa especial gravidade, também no caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, começou a ser consolidado o entendimento de que a Corte não necessitaria do mesmo rigor técnico para avaliar as provas das denúncias de casos de desaparecimento forçado que seria esperado de um tribunal nacional.⁴⁴ Aqui não se pretende justificar que cortes internacionais venham a dispor de amplos poderes discricionários, contudo, é preciso reconhecer que, nos casos que envolvem desaparecimento forçado, os familiares das vítimas já se encontram em uma posição fragilizada dada as reiteradas negativas dos Estados em buscar a responsabilização dos envolvidos. E, por ser uma prática que conta, no mínimo, com a tolerância de agentes estatais, a vulnerabilidade das vítimas e a dificuldade

43 Tradução livre para o Português do original: “Tanto la Comisión como la Corte Interamericana han establecido que la desaparición forzada de personas tiene un carácter permanente o continuado que afecta una pluralidad de derechos, tales como el derecho a la libertad personal, a la integridad personal, a la vida y al reconocimiento a la personalidad jurídica. De esta forma, se ha indicado que el acto de desaparición y su ejecución inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece mientras no se conozca el paradero de la persona desaparecida o se identifiquen con certeza sus restos. En suma, ambos órganos han sostenido que la práctica de la desaparición forzada implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el sistema interamericano de derechos humanos³⁶ y cuya prohibición ha alcanzado el carácter de *jus cogens*” (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Derecho a la verdad en América*. p. 25-26. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf>>. Acesso em: 3 dez. 2016.).

44 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 6: Desaparición Forzada*. p. 18. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33824.pdf>>. Acesso em: 3 dez. 2016.

de se obter o acesso a um vasto espectro probatório tornam-se ainda mais evidentes, como já ressaltado no caso da prática de tortura.

A jurisprudência da Corte Interamericana, com reflexos no entendimento da CIDH, também apresenta como direitos violados pela prática do desaparecimento forçado o direito à vida, à liberdade pessoal, à integridade pessoal e ao reconhecimento da personalidade. Ressalte-se que a jurisprudência foi se desenvolvendo no sentido de reconhecer que as violações não se limitam à vítima direta do desaparecimento forçado, mas atingem também seus familiares, o que possui importantes reflexos no reconhecimento do direito à verdade,⁴⁵ que pode ser compreendido em sua perspectiva mais individualizada ou a partir de uma dimensão coletiva. Pela ótica individual, os familiares do desaparecido têm o direito de conhecer o destino que lhe foi dado; já a dimensão coletiva indica que, na medida em que uma prática sistematizada de desaparecimentos forçados compõe a história de um país, é direito de toda a sociedade conhecer essa história e suas implicações. O direito à verdade, como um direito dos familiares, um instrumento de conscientização social e uma ferramenta de não repetição, é solidificado no caso *Gómez Palomino vs. Peru*, cuja sentença é de 22 de novembro de 2005.

Importante destacar que o direito à verdade começou a ser reconhecido pela CIDH e pela Corte IDH nos casos referentes a desaparecimentos forçados. Assim, a Corte reconheceu que a privação do acesso às informações sobre o paradeiro do familiar desaparecido constitui tratamento desumano e cruel e que a localização e identificação das vítimas de desaparecimento forçado contribui para o enaltecimento da dignidade e da história tanto dos desaparecidos como de suas famílias.⁴⁶

No que se refere aos direitos dos familiares dos desaparecidos, no caso *Blake Vs. Guatemala*, cuja sentença é de 24 de janeiro de 1998, foi reconhecido o direito a uma investigação efetiva do crime, à responsabilização dos envolvidos e à aplicação das sanções legalmente

45 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 6: Desaparición Forzada*. p. 21. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33824.pdf>>. Acesso em: 3 dez. 2016.

46 Entendimento que também é adotado pela Comissão Interamericana (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Derecho a la verdad en América*. p. 30-31. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf>>. Acesso em: 3 dez. 2016.).

previstas, bem como ao recebimento de indenização pelos danos e prejuízos sofridos⁴⁷. No caso dos 19 Comerciantes vs. Colômbia, cuja sentença é de 5 de julho de 2004, foi ainda definido que “O direito à justiça não se esgota com o trâmite de processos internos, senão que é devido assegurar em tempo razoável o direito da vítima ou de seus familiares saberem a verdade sobre o que se sucedeu e sancionar os eventuais responsáveis”.⁴⁸

A Corte, em sua jurisprudência, também analisou as obrigações dos Estados em face de casos de desaparecimento forçado, com base nas ideias de garantias, prevenção, investigação e sanção aos responsáveis, assim como a obrigação dos Estados em adequarem suas legislações internas aos padrões normativos internacionais, especialmente no que se refere à tipificação do crime de desaparecimento forçado.⁴⁹ No caso *Gómez Palomino vs. Perú*, cuja sentença é de 22 de novembro de 2005, a Corte indica que esse dever de adequar a legislação nacional às disposições da Convenção Americana é primordial para que se efetive a erradicação da prática do desaparecimento forçado.⁵⁰

Também, no caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, é determinada a responsabilidade estatal em promover o respeito às disposições da Convenção Americana sobre Direitos e Deveres do Homem, o que não permitiria que o Estado fosse conivente ou mesmo promovesse a prática do desaparecimento forçado.⁵¹ Ainda

47 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 6: Desaparición Forzada*. p. 35. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33824.pdf>>. Acesso em: 3 dez. 2016.

48 Tradução livre para o Português do original: “El derecho de acceso a la justicia no se agota en que se tramiten procesos internos, sino que debe además asegurar en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 6: Desaparición Forzada*. p. 5. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33824.pdf>>. Acesso em: 3 dez. 2016).

49 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 6: Desaparición Forzada*. p. 45. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33824.pdf>>. Acesso em: 3 dez. 2016.

50 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 6: Desaparición Forzada*. p. 60. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33824.pdf>>. Acesso em: 3 dez. 2016.

51 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Dere-*

nesse caso, ficou reconhecido que o dever do Estado de prevenir violações de direitos humanos perpassa ações em todas as esferas, sejam elas jurídicas, administrativas, políticas ou culturais (CorteIDH, 2015, p. 48), e que o dever de investigação, mesmo sendo uma obrigação de meio, deve ser executado de forma séria e comprometida, de modo que não basta a promulgação de uma sentença condenatória dos envolvidos, é necessário que o Estado tenha se comprometido com a efetiva solução da questão (CorteIDH, 2015, p. 49).

Em suma, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e, por consequência, da Comissão Interamericana, reconhece como direitos afrontados por meio da prática do crime de desaparecimento forçado, no que concerne ao indivíduo vítima do desaparecimento, o direito à liberdade pessoal, à integridade, à vida e ao reconhecimento de sua personalidade jurídica. Já com relação à família da vítima, são violados o direito à justiça, à verdade e à integridade pessoal dos próprios familiares.

Ainda há o reconhecimento do dever do Estado em garantir a efetivação dos direitos previstos na Convenção Americana sobre Direitos e Deveres do Homem e em outros instrumentos internacionais sobre a matéria, o dever de instituir medidas de prevenção ao cometimento do crime de desaparecimento forçado, de utilizar todos os mecanismos disponíveis para investigar os casos de desaparecimento, de sancionar os responsáveis por seu cometimento e de adequar sua legislação interna no que concerne à tipificação desse crime.⁵²

Também é reconhecida a necessidade de que o estado repare as vítimas e seus familiares pelos danos sofridos, sejam eles materiais ou não. Entretanto, como essa prática possui reflexos não só para os indivíduos diretamente afetados, como também para a sociedade que vivencia sua ocorrência — que sucede de forma sistemática — a CorteIDH e a CIDH reconhecem a necessidade de implementação de medidas que visem assegurar a satisfação dos direitos dos afetados e a não repetição dessa modalidade de crime. Dentre essas medidas, a Corte destaca a busca e identificação dos restos mortais das vítimas; o fornecimento de tratamentos fí-

sicos e psicológicos aos familiares; a criação de bancos de dados genéticos, que facilitaria a identificação dos corpos quando localizados; a realização de atos e criação de monumentos em memória às vítimas de desaparecimento forçado; a promoção de uma formação dos agentes públicos baseada no respeito aos direitos humanos; e o acesso público a arquivos estatais.

Ressalte-se, ainda, que, de acordo com o entendimento da CIDH e da CorteIDH,

[...] os Estados devem abster-se de recorrer a figuras como a anistia em benefício dos autores, assim como alguma outra disposição análoga, tais quais a aplicação ilegítima da prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, *ne bis in idem*, a aplicação da jurisdição penal militar ou qualquer mecanismo semelhante que exime a responsabilidade.⁵³

Assim, o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos reconhece o caráter imprescritível dos crimes de desaparecimento forçado, dada a sua qualificação como crime contra a humanidade, que é reflexo de seu reconhecimento como norma peremptória do Direito Internacional. Daí que também não seriam aplicáveis as figuras da coisa julgada e da irretroatividade da lei penal no tempo.

É importante também destacar que o entendimento prevalente no Sistema Interamericano de Direitos Humanos não destoa de práticas internacionais mais amplas. Naomi Roht-Arriaza sustenta, desde o início da década de 1990, que há uma responsabilidade estatal internacional de investigação e persecução de desaparecimentos, esquadrões da morte e outras graves violações de direitos humanos praticadas por regimes opressores. Já naquele momento, ela destacava a incidência de um direito costumeiro internacional capaz de fundamentar um dever para com a verdade. Ele estaria assentado em: a) tratados internacionais que poderiam gerar obrigações mesmo para Estados não signatários, reconhecendo tais normas um direito a uma solução judicial (*right to a remedy*); b) práticas estatais, tais quais a persecução de perpetradores, a formação de um direito doméstico

53 Tradução livre para o português do original: “[...] los Estados deben abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía en beneficio de los autores, así como alguna otra disposición análoga tales como la aplicación ilegítima de la prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *ne bis in idem*, la aplicación de la jurisdicción penal militar o cualquier eximente similar de responsabilidad” (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Derecho a la verdad en América*. p. 29. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf>>. Acesso em: 3 dez. 2016.).

chos Humanos N° 6: Desaparición Forzada. p. 45. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33824.pdf>>. Acesso em: 3 dez. 2016

52 Deveres reconhecidos tanto pela Comissão como pela Corte Interamericana.

conforme as normas internacionais de direitos humanos, as declarações de representantes governamentais, resoluções e declarações de organizações internacionais; e, c) a responsabilidade estatal pelos atos de seus agentes que consistam em graves violações de direitos humanos.⁵⁴

Em sentido equivalente, Cherif Bassiouni também defendera, em meados da década de 1990, uma estrutura normativa a partir da qual teríamos a formação de direitos e obrigações estatais concernentes à prática de crimes contra a humanidade. Tal estrutura tem caráter de norma imperativa de jus cogens e determina obrigações erga omnes. Especificamente, ela determinaria:⁵⁵

- a) a obrigação de persecução ou extradição;
- b) fornecimento de assistência jurídica;
- c) a eliminação de cláusulas de afastamento da norma penal (statutes of limitations, como as auto-anistias);
- d) a eliminação de imunidades estatais;
- e) e, adicionaríamos com Roht-Arriaza, a obrigação de inversão do ônus da prova em favor da vítima e em desfavor do Estado.

Vê-se que há a consolidação de um direito costumeiro internacional que determina, de um lado, a proteção regional dos direitos humanos e, de outro, a própria ordem doméstica; aplicar a “regra 2x1” é uma violação desse sistema normativo. Tal costume internacional, de modo algum, conflita com a ordem jurídica doméstica, somando a essa normativa elementos de jus cogens e obrigações erga omnes. Como adverte Bryers, os elementos que formam o Direito Costumeiro Internacional são de duas ordens: a) a presença de uma consistente e geral prática estatal; b) a confirmação por parte dos Estados de que aquela prática está de acordo com o direito (*opinio juris sive necessitatis*).⁵⁶

Há um reconhecimento já efetivo dessa prática, passando a referida estrutura a ser parte de um direito

doméstico “acostumado” (ainda que lentamente) a um genuíno Direito Internacional dos Direitos Humanos. Como bem observado por Marcelo D. Torelly, há uma progressiva incorporação de uma norma global de responsabilização individual nos diversos processos que Vicki Jackson classificou como de convergência, de articulação e de resistência.⁵⁷ A questão é que esse caminho pode ser tensionado por práticas regressivas que devem ser enfrentadas por atores sociais.

3.4. Aplicação da “regra 2x1”

A aplicação da chamada “regra 2x1” aos casos de cometimento de crimes lesa humanidade ocorridos durante a última ditadura argentina perpassa uma questão central que é a necessidade de que os Estados assegurem a possibilidade material de responsabilização e aplicação de uma pena proporcional aos envolvidos nesses crimes. Portanto, a pergunta a ser feita vai além dos questionamentos sobre a incidência ou não da Lei n. 24.390/1994 no caso Luis Muñia e refere-se à conformidade (ou inconformidade) com os dispositivos internacionais de proteção dos direitos humanos da aplicação da “regra 2x1”.

Primeiramente, é necessário observar que, de acordo com o entendimento solidificado pela Corte IDH e pela CIDH e apresentado anteriormente, os crimes imputados a Luis Muñia não consistem em crimes comuns, mas se referem a uma categoria especial de violações a direitos humanos prevista no direito internacional. A privação arbitrária de liberdade representa uma violação à integridade e à dignidade humana, que são direitos inderrogáveis dos indivíduos, independentemente de quaisquer circunstâncias. A tortura, por sua vez, representa violação a norma de jus cogens, sendo vedada em quaisquer circunstâncias independente de previsão em tratados ou convenções internacionais. E o desaparecimento forçado, também, representa caso de violação de norma de jus cogens, por consistir em violação aos pilares das normas internacionais de proteção dos direitos humanos. Considera-se, assim, que foram

54 ROHT-ARRIAZA, Naomi. State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law. *California Law Review*, n. 78, p. 449, 1990.

55 BASSIOUNI, M. Cherif. Searching for peace and achieving justice: the need for Accountability”. *Law and Contemporary Problems*, v. 59, n. 4, 1996, p. 17. Também, BASSIOUNI, M. Cherif. International crimes: jus cogens and *Obligatio Erga Omnes*. *Law and Contemporary Problems*, v. 59, n. 4, p. 63, 1996.

56 BRYERS, Michael. *Custom, power and the power of rules: international relations and customary international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 130.

57 TORELLY, Marcelo D. A formação da norma global de responsabilidade individual: mobilização política transnacional, desenvolvimento principiológico e estruturação em regras internacionais e domésticas. In: MEYER, Emilio Peluso Neder; OLIVEIRA, Cattoni de (Orgs.). *Justiça de transição nos 25 anos da Constituição de 1988*. 2. ed. Belo Horizonte: Inítia Via, 2014. p. 479.; JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a Transnational Era*. New York: Oxford University Press, 2009.

praticados crimes contra a humanidade, cujo interesse na investigação e responsabilização dos envolvidos ultrapassa as vítimas diretas, tornando-se uma matéria de interesse internacional.

Por esses motivos, reconhece-se que os crimes em questão não são passíveis de anistia ou de prescrição,⁵⁸ cabendo aos Estados promover, utilizando-se de todos os meios e instrumentos lícitos disponíveis, a investigação dos fatos ocorridos, a responsabilização dos agentes responsáveis e a reparação às vítimas.

Dessa forma, a aplicação da “regra 2x1” no caso Luis Muña e em qualquer outro caso que envolve o cometimento de crimes lesa humanidade também se mostra indevida, por impedir a aplicação das penas devidas aos responsáveis. Esse dispositivo processual possibilitaria que não se concretizasse a demanda por efetiva responsabilização dos envolvidos e pela aplicação de uma pena proporcional aos crimes cometidos.

Nesse sentido, o Grupo de Trabalho sobre os Desaparecimentos Forçados ou Involuntários e o Relator Especial sobre a Promoção da Verdade, da Justiça, a Reparação e as Garantias de Não Repetição ligados ao Alto Comissariado para os Direitos Humanos das Nações Unidas, emitiram um comunicado ao governo argentino,⁵⁹ à Suprema Corte de Justiça e à comunidade internacional alertando sobre os riscos relacionados à aplicação da Lei n. 24.390/1994 aos casos de crimes lesa humanidade e demandando que a Suprema Corte de Justiça reveja seu posicionamento com base na Lei n. 27.362/2017, recentemente aprovada. O objetivo desse comunicado era:

[...] expressar nossa profunda preocupação pelas implicações da decisão adotada em 3 de maio de 2017 pela Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina no caso Muña e recordar as normas e princípios do direito internacional dos direitos humanos aplicáveis ao caso. Unimos este chamado à declaração da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que expressou sua consternação porque o benefício foi aplicado em face de uma pessoa considerada culpada e sentenciada à prisão por sua responsabilidade no cometimento de crimes lesa humanidade⁶⁰.

58 GRUPO de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias; relator especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. *OL ARG 3/2017*. 15 jun. 2017. p.6.

59 GRUPO de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias; relator especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. *OL ARG 3/2017*. 15 jun. 2017.

60 Tradução livre para o Português do original: “[Quisiéramos]

Ressalta-se, ainda, que, como destacado pelo Grupo de Trabalho sobre os Desaparecimentos Forçados ou Involuntários e pelo Relator Especial sobre a Promoção da Verdade, da Justiça, a Reparação e as Garantias de Não Repetição,⁶¹ a aplicação da “regra 2x1” favoreceria um ambiente de impunidade em relação aos crimes cometidos durante o período ditatorial, o que seria especialmente grave no contexto argentino, que foi marcado por uma intensa luta pela superação da Lei de Obediência Devida e da Lei do Ponto Final, que consistiam em obstáculos à responsabilização dos agentes envolvidos em violações a direitos humanos.⁶²

Com base no direito internacional dos direitos humanos, observa-se que a aplicação da “regra 2x1” nos casos que envolvem o cometimento de crimes lesa humanidade fragiliza a obrigação dos Estados em impor sanções apropriadas aos responsáveis, a obrigação de impor uma sanção proporcional e os limites que devem ser impostos aos indultos e à comutação das penas nos casos de crimes lesa humanidade⁶³.

Como consagrado na jurisprudência da CorteIDH e da CIDH, os Estados não têm, apenas, a obrigação de impor penas àqueles indivíduos responsáveis por violações a direitos humanos, em especial pelo cometimento de crimes lesa humanidade, mas as penas impostas devem ser adequadas e proporcionais aos crimes perpetrados. Isso, de forma a assegurar que as penas impostas não consistam em um fator de impunidade e contribuam para a construção de um ambiente de não repetição.

expresar nuestra profunda preocupación por las implicaciones de la decisión adoptada el 3 de mayo de 2017 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en el caso *Muña* y recordar las normas y principios del derecho internacional de los derechos humanos aplicables en este caso. Unimos este llamado a la declaración de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que expresó su consternación porque el beneficio haya sido aplicado respecto de una persona encontrada culpable y sentenciada a prisión por su responsabilidad en la comisión de crímenes de lesa humanidad” (GRUPO de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias; relator especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. *OL ARG 3/2017*. 15 jun. 2017.p. 2).

61 GRUPO de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias; relator especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. *OL ARG 3/2017*. 15 jun. 2017.p. 3.

62 MEYER, Emilio Peluso Neder. *Ditadura e responsabilização: elementos para uma justiça de transição no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes Editor, 2012. p. 88.

63 MEYER, Emilio Peluso Neder. *Ditadura e responsabilização: elementos para uma justiça de transição no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes Editor, 2012. p. 4.

Ademais, o Direito Internacional restringe a aplicabilidade de institutos processuais como a anistia e os indultos no caso de crimes contra a humanidade. Essa restrição à aplicação de benefícios processuais teria como objetivo promover a luta contra a impunidade e evitar que essas normas processuais tornem-se obstáculos à efetivação da justiça.⁶⁴ Assim, “o Comitê de Direitos Humanos rechaça todo tipo de imunidade e considera que deve-se eliminar todos os impedimentos para estabelecer a responsabilidade jurídica de pessoas que cometeram graves violações a direitos humanos”.⁶⁵ Também o Sistema Interamericano de Direitos Humanos não reconhece a aplicação de todos os benefícios processuais aos envolvidos em graves violações de direitos humanos, ressaltando a importância de que esse benefícios não proporcionem a impunidade aos envolvidos.⁶⁶

Desse modo, como salientado pelo Grupo de Trabalho sobre os Desaparecimentos Forçados ou Involuntários e pelo Relator Especial sobre a Promoção da Verdade, da Justiça, a Reparação e as Garantias de Não Repetição:

A partir uma perspectiva de direitos humanos, a obrigação de investigar e processar emana do direito a um recurso efetivo, que forma parte dos direitos da vítima, de seus familiares mais próximos e, em certos casos, de toda a sociedade, em conhecer a verdade. Assim mesmo, quisemos ressaltar que a administração da justiça frente a graves violações de direitos humanos é um elemento central para evitar a recorrência das ditas violações e que promover uma cultura de impunidade contribui a criar ciclos viciosos de violência.⁶⁷

64 GRUPO de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias; relator especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. *OL ARG 3/2017*. 15 jun. 2017. p. 6).

65 Tradução livre para o português do original: “[...]el Comité de Derechos Humanos rechaza todo tipo de inmunidad y considera que deben eliminarse todos los impedimentos para establecer la responsabilidad jurídica de personas que han cometido graves violaciones a derechos humanos.” (GRUPO de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias; relator especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. *OL ARG 3/2017*. 15 jun. 2017. p. 6).

66 Para mais informações acerca do entendimento da Corte IDH e da CIDH a esse respeito, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 10: integridad personal*. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/integridad10.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

67 Tradução livre para o português do original: “Desde una perspectiva de derechos humanos, la obligación de investigar y enjuiciar dimana del derecho a un recurso efectivo, que forma parte del dere-

cho de la víctima, sus familiares más próximos y, en ciertos casos, toda la sociedad, a conocer la verdad. Asimismo, quisiéramos recalcar que la administración de justicia frente a graves violaciones de derechos humanos es un elemento central para evitar la recurrencia de dichas violaciones y que promover una cultura de impunidad contribuye a crear ciclos viciosos de violencia.” (GRUPO de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias; relator especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. *OL ARG 3/2017*, p. 3, 15 jun. 2017.).

4. OVERRIDE E BACKLASH EM UM CONSTITUCIONALISMO TRANSNACIONAL

Alguns importantes aspectos do constitucionalismo contemporâneo podem ser observados nas repercussões do caso Luis Muña e na superveniência da Lei 27.362/2017. De um lado, há uma inserção de institutos próprios do common law na questão: não se trata, apenas, de uma oposição do legislativo ao judiciário. Ocorreu uma verdadeira atitude de override (a superação de uma decisão judicial por uma decisão legislativa — diverso de um overruling, superação de uma decisão judicial por outra decisão judicial).⁶⁸ Esse tipo de situação aponta para relações às vezes tensas entre os poderes de Estado, relações que penderiam menos para aquelas de um “diálogo institucional”.⁶⁹

Quando normas de direitos humanos estão em jogo, mais do que a pura prevalência de posições institucionais, pode ser que um constitucionalismo de caráter transnacional aponte, sim, para a precedência de normas internacionais incriminatórias de crimes contra a humanidade. É daí que não se pode impor, de cima

cho de la víctima, sus familiares más próximos y, en ciertos casos, toda la sociedad, a conocer la verdad. Asimismo, quisiéramos recalcar que la administración de justicia frente a graves violaciones de derechos humanos es un elemento central para evitar la recurrencia de dichas violaciones y que promover una cultura de impunidad contribuye a crear ciclos viciosos de violencia.” (GRUPO de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias; relator especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. *OL ARG 3/2017*, p. 3, 15 jun. 2017.).

68 MEYER, Emilio Peluso Neder. *Decisão e jurisdição constitucional: crítica às sentenças intermediárias, técnicas e efeitos do controle constitucionalidade em perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 209.

69 BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

abaixo, determinações contrárias àquelas pretendidas pelos principais atores envolvidos na consolidação de uma determinada normativa. O risco é sempre o de uma reação, de um backlash. Isto porque boa parte da construção internacionalizada dos direitos humanos deriva da atuação em rede de atores da própria sociedade civil: ativistas, redes de advogados e ONG's que promovem de uma construção de “baixo para cima”, ou seja, do nível da sociedade para o nível institucional.⁷⁰ Essa característica é ainda mais sensível no caso da justiça de transição, um campo construído em grande parte pela mobilização transfronteiriça de atores sociais.⁷¹ Além disso, no que tange à CorteIDH e à CIDH, o funcionamento desses órgãos do Sistema Interamericano é diretamente vinculado à pressão de atores dos Estados-partes que se veem pressionados a se socorrer de instituições supranacionais.

De acordo com as conclusões expostas neste artigo, Engstrom demonstra que, apesar das enormes dificuldades institucionais domésticas de solidificação das decisões e recomendações gestadas no Sistema Interamericano, elas gerarão pressões políticas capazes de mobilizar maior proteção de direitos humanos, como, acreditamos, se deu na reação ao caso Luis Muña.⁷² Pode ser que o trabalho de uma ONG possa se reduzir a fazer um diagnóstico do andamento processual das ações por crimes contra a humanidade: é assim que Balardini apresenta o trabalho desenvolvido pelo CELS (Center for Legal and Social Studies) em determinar a advocacia no campo da justiça de transição.⁷³ A reação ao julgamento da Suprema Corte no caso Luis Muña apresenta um cenário ainda mais complexo de direta reação social e determinação de uma atuação legislativa.

Papel proeminente para a construção do sentido das

70 KECK, Margareth; SIKKINK, Kathryn. *Activists Beyond Borders: advocacy networks in International Politics*. New York: Cornell University Press, 1998. Especialmente o capítulo 3.

71 É o que se pode verificar em ARTHUR, Paige. How transitions reshaped human rights: a conceptual history of transitional justice. *Human Rights Quarterly*, v. 31, p. 321-367, 2009.p. 326.

72 ENGSTROM, Par. Reconceptualising the Impact of the Inter-American Human Rights System. *Rev. Direito e Práx.*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1.272, 2017.

73 BALARDINI, Lorena. Monitoring Human Rights Trials: Information Strategies Developed in Argentina's Transitional Justice Process. *Transitional Justice Review*, v. 1, n. 4, p. 233-261, 2016. No Brasil, trabalho semelhante de definição da situação de processos por crimes contra a humanidade cometidos na ditadura de 1964-1985 é desempenhado pelo Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da UFMG (<https://cjt.ufmg.br/acoes-criminais/>, acesso: 21/22/2018).

normas constitucionais terão os movimentos sociais.⁷⁴ Reva Siegel toma como exemplo o que representou a derrota, na década de 1970, da proposta de emenda constitucional de iguais direitos para homens e mulheres (Equal Rights Amendment) aprovada em 1972 no Congresso Nacional, mas que não obteve a ratificação dos órgãos legislativos estaduais. O período de ratificação teria sido capaz de difundir um espaço de debate sobre direitos das mulheres que seria fundamental para que o Poder Judiciário institucionalizasse e reconhecesse as pretensões das lutas feministas. O resultado foi um corpo normativo protetivo chamado de de facto ERA.

Esse árduo campo de trabalho daria espaço para o que Siegel chama de cultura constitucional: um conjunto de compreensões sobre a prática argumentativa que guia as interações entre cidadãos e autoridades a respeito do significado da Constituição.⁷⁵ Partindo de uma concepção de democracia muito mais ampla do que apenas a regra da maioria, é possível verificar o engajamento e a discussão de cidadãos a respeito de decisões de outras esferas do Estado, para além da legiferante. Além de atrair a atenção dos cidadãos para o processo de judicialização da Constituição, essas disputas são também disputas sobre um passado institucional de forjará o futuro constitucional.

A chamada *cultura constitucional* estabelece duas condições para permitir que movimentos sociais participem da disputa sobre o significado da Constituição: a) a *condição do consentimento* requer que os participantes da disputa apelem para a própria Constituição ao tentar fazer prevalecer suas perspectivas por meio da persuasão; e, b) a *condição do valor público*, que requer que os defensores apelem para uma linguagem pré-estabelecida para defender novos postulados a respeito do significado da Constituição, ou seja, é preciso estabelecer que princípios compartilhados já abrigavam a interpretação defendida.

E é dentro desse contexto interpretativo democrático que a crítica à leitura da Constituição feita por uma

74 “Em suma, como salientamos, para o Constitucionalismo Democrático de Post e Siegel, os movimentos sociais constituem uma das mais importantes fontes de mudança de sentidos constitucionais, de forma a legitimar certas práticas sociais e a deslegitimar outras que, muitas vezes, representam compreensões assimétricas de mundo.” (BUNCHAFI, Maria Eugênia. Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, p.168, 2011.).

75 SIEGEL, Reva B. Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: the case of the De Facto Era. 2005-06. *California Law Review*, p. 1.325, 2006.

corte no seio da jurisdição constitucional pode contribuir para a reconstrução interpretativa. Ao invés de comprometer sua autoridade, ela destaca os problemas de uma decisão judicial e força o judiciário a se reinventar. Ou, mesmo, cria condições para que o legislativo se contraponha ao judiciário. É aqui que uma decisão polêmica, embora nunca necessária, pode se gerar o efeito de um *backlash*, criando novas condições que empurram movimentos sociais contra as instituições, obrigando-as a guiar seu direcionamento em prol de interpretações mais democráticas.⁷⁶ Se é possível que a *cultura constitucional* redefina como domesticamente ler uma Constituição, no caso latino-americano deve-se adicionar que há uma direta influência da leitura dos sistemas domésticos nos termos do que define o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. É claro que isto demanda inúmeros esforços de organizações não governamentais e de outros atores sociais que geram a necessária pressão por exigir que o Estado se mantenha fiel a padrões regionais institucionalizados de direitos humanos.⁷⁷

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A definição do sentido interpretativo de normas constitucionais e legais depende da construção democrática daqueles por elas envolvidos. Já não é mais possível que instituições estatais — leia-se aqui, o judiciário — ditem de cima para baixo quais são as interpretações prevaletentes. Essa questão ganha especial destaque pela sua figuração em uma normativa de especial caracterização, qual seja, a dos direitos humanos. Mais do

76 “Cidadãos que invocam a Constituição para criticar as cortes associam a Constituição com as compreensões que eles entendem normativamente cogentes e acreditam ser vinculantes para outros. Quando cidadãos falam sobre os compromissos que detêm mais apaixonadamente na linguagem de uma tradição constitucional compartilhada, eles a fortalecem. Desse modo, mesmo a resistência à interpretação judicial pode fomentar a legitimidade democrática da Constituição”. Tradução livre de: “Citizens who invoke the Constitution to criticize courts associate the Constitution with understandings they find normatively compelling and believe to be binding on others. When citizens speak about their most passionately held commitments in the language of a shared constitutional tradition, they invigorate that tradition. In this way, even resistance to judicial interpretation can enhance the Constitution’s democratic legitimacy.” (POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe rage: democratic constitutionalism and backlash*. 2007. p. 375).

77 CHILLIER, Gastón. TIMO, Pétalla. The Global Rights Movement in the 21st Century: reflections from the perspective of a National Human Rights NGO from the South. *SUR – International Journal on Human Rights*, v. 20, p. 378, 2014.

que um conjunto de pressuposições valorativas (guiadas pela inúmeras vezes invocada dignidade da pessoa humana), o que se observa é a constituição de um sistema de normas de jus cogens e obrigações erga omnes que “figam” a interpretação do dispositivos internacionais, constitucionais e legais. Daí que não se trata de ler o sistema do Direito Internacional dos Direitos Humanos como capaz de produzir diferentes (mas supostamente possíveis) diversas respostas.

Ao grave caráter dos crimes contra a humanidade corresponde uma disciplina normativa que busca a todo tempo evitar sua repetição, tamanha a violação por eles proporcionada. Não incidência de anistia, prescrição e mesmo de regimes e regras de cumprimento de pena fazem parte do combate a graves violações de direitos humanos que, ao contrário de retroceder em números, continuam a crescer assustadoramente na comunidade internacional. Não é de se espantar que isto seja concomitante a retrocessos autoritários. Daí a importância de uma consciente mobilização social capilarizada em diversas organizações que podem pautar a rápida reação a esse contínuo retorno no tempo. Tal mobilização foi exemplarmente apresentada no caso argentino, na medida em que um descompasso judicial doméstico com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos foi respondido com uma forte pressão popular e uma reação legislativa corretiva.

REFERÊNCIAS

- ARGENTINA. Ministério Público Fiscal. *CSJ 1574/2014/RH1*. Relator: Min. Horacio Rosatti. 3 de maio de 2017.
- ARTHUR, Paige. How transitions reshaped human rights: a conceptual history of transitional justice. *Human Rights Quarterly*, v. 31, p. 321-367, 2009.
- BALARDINI, Lorena. Monitoring Human Rights Trials: Information Strategies Developed in Argentina’s Transitional Justice Process. *Transitional Justice Review*, v. 1, n. 4, p. 233-261, 2016.
- BASSIOUNI, M. Cherif. *Crimes against humanity: historical evolution and contemporary application*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- BASSIOUNI, M. Cherif. International crimes: jus cogens and Obligatio Erga Omnes. *Law and Contemporary*

Problems, v. 59, n. 4, p. 63-74, 1996.

BASSIOUNI, M. Cherif. Searching for peace and achieving justice: the need for Accountability". *Law and Contemporary Problems*, v. 59, n. 4, 1996, p. 9-28.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BRYERS, Michael. *Custom, power and the power of rules: international relations and customary international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

BUNCHAFT, Maria Eugênia. Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, 2011.

BUSCAGLIA, Teresa Sofía. El Caso Muña: los argentinos rechazan el atropello a los derechos humanos. *The New York Times*. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/es/2017/05/09/el-caso-muina-los-argentinos-rechazan-el-atropello-a-los-derechos-humanos/>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

CHILLIER, Gastón. TIMO, Pétalla. The Global Rights Movement in the 21st Century: reflections from the perspective of a National Human Rights NGO from the South. *SUR – International Journal on Human Rights*, v. 20, p. 378, 2014.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Derecho a la verdad en América*. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf>>. Acesso em: 3 dez. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 6: Desaparición Forzada*. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33824.pdf>>. Acesso em: 3 dez. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 8: libertad personal*. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/libertadpersonal5.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 9: personas privadas de libertad*. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/privados9.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 10: integridad personal*. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/integridad10.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

ENGSTROM, Par. Reconceptualising the Impact of the Inter-American Human Rights System. *Rev. Direito e Práx.*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1.250-1.285, 2017.

GRUPO de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias; relator especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. *OL ARG 3/2017*. 15 jun. 2017.

JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a Transnational Era*. New York: Oxford University Press, 2009.

KECK, Margaret; SIKKINK, Kathryn. *Activists Beyond Borders: advocacy networks in International Politics*. New York: Cornell University Press, 1998.

POR QUÉ está condenado Luis Muña, el beneficiado del 2x1 tras el fallo de la corte. *La Nación*. Disponível em: <<http://www.lanacion.com.ar/2020030-por-que-esta-condenado-luis-muina-el-beneficiado-del-2x1-tras-el-fallo-de-la-corte>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

MEYER, Emilio Peluso Neder. Crimes contra a humanidade, justiça de transição e Estado de Direito: revisitando a ditadura brasileira. *Brasiliiana – Journal for Brazilian Studies*, v. 4, n. 1, p. 208-242, 2015.

MEYER, Emilio Peluso Neder. Criminal responsibility in Brazilian transitional justice: a constitutional interpretative process under the paradigm of International Human Rights Law. *Indonesian Journal of International and Comparative Law*, v. IV, p. 41-72, 2017.

MEYER, Emilio Peluso Neder. *Decisão e jurisdição constitucional: crítica às sentenças intermediárias, técnicas e efeitos do controle constitucionalidade em perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MEYER, Emilio Peluso Neder. *Ditadura e responsabilização: elementos para uma justiça de transição no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes Editor, 2012.

MEYER, Emilio Peluso Neder. O constitucionalismo brasileiro perante as exigências do Direito Internacional dos Direitos Humanos: diálogos a respeito do sentido adequado de uma unidade na pluralidade normativa. In: MEYER, Emilio Peluso Neder; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa

(Orgs.). *Teoria Constitucional*. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

EL GOBIERNO promulgó la ley para limitar la aplicación del 2x1 a represores y genocidas. *Parlamentario*. Disponível em: <<http://www.parlamentario.com/noticia-101020.html>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

PERTOT, Werner. *Macri se decidió por la Corte de manga*. Disponível em: <<https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-288291-2015-12-15.html>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

POLITI, Daniel. Argentines Fight Court's Leniency for Human Rights Crimes. *The New York Times*. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/05/13/world/americas/argentina-mauricio-macri-luis-muia.html>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe rage: democratic constitutionalism and backlash*. 2007.

PUGLIESE, Yuri. Lei brasileira da anistia: os conflitos entre o acordo social e a cooperação internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 93-113, jul./dez. 2012.

CONVOCAMOS a un acto contra la impunidad a genocidas. *Resumen Latinoamericano*. Disponível em: <[\[www.resumenlatinoamericano.org/2017/05/04/argentina-repercusiones-ante-fallo-de-la-corte-suprema-organismos-de-derechos-humanos-convocan-acto-contra-la-impunidad-a-genocidas-que-nos-devuelvan-la-mitad-del-dolor-a-donde-vayan-los-volv/\]\(http://www.resumenlatinoamericano.org/2017/05/04/argentina-repercusiones-ante-fallo-de-la-corte-suprema-organismos-de-derechos-humanos-convocan-acto-contra-la-impunidad-a-genocidas-que-nos-devuelvan-la-mitad-del-dolor-a-donde-vayan-los-volv/\)>. Acesso em: 20 jun. 2017.](http://</p></div><div data-bbox=)

ROHT-ARRIAZA, Naomi. State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law. *California Law Review*, n. 78, p. 449-513, 1990.

SIEGEL, Reva B. Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: the case of the De Facto Era. 2005-06. *California Law Review*, 2006.

STEPHANOPOULOS, Nicholas. The Case for the Legislative Override. *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs* 250, p. 251-295, 2005.

TORELLY, Marcelo D. A formação da norma global de responsabilidade individual: mobilização política transnacional, desenvolvimento principiológico e estruturação em regras internacionais e domésticas. In: MEYER, Emilio Peluso Neder; OLIVEIRA, Cattoni de (Orgs.). *Justiça de transição nos 25 anos da Constituição de 1988*. 2. ed. Belo Horizonte: Initia Via, 2014.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

A legalidade e legitimidade da intervenção humanitária: uma medida ainda necessária

The legality and legitimacy of humanitarian intervention: a measure yet needed

Natália Caye Batalha Boeira

A legalidade e legitimidade da intervenção humanitária: uma medida ainda necessária*

A legalidade e legitimidade da intervenção humanitária: uma medida ainda necessária

Natália Caye Batalha Boeira**

RESUMO

O presente artigo versa sobre a legalidade da intervenção humanitária frente à Carta das Nações Unidas, bem como debate acerca da existência de pressupostos objetivos para que a ação seja considerada legítima. Pode-se afirmar, frente aos princípios norteadores do Direito Internacional, que a intervenção humanitária é legal? Não se estaria ferindo a soberania dos estados com a intervenção, mesmo que por razões humanitárias? No que consiste sua legitimidade? Essas são as problemáticas que o artigo busca resolver, explicitando, com base na doutrina, documentos internacionais e resoluções do Conselho de Segurança, a possibilidade de que a intervenção militar humanitária seja considerada legal e legítima, superando a ideia de soberania absoluta dos Estados. Inicia-se com a conceituação de intervenção humanitária e como será tratada no artigo. A partir da evolução do Direito Internacional, que visa, cada vez mais, à salvaguarda dos direitos humanos, reconhecendo a responsabilidade secundária da comunidade internacional nessa tarefa, discorre-se sobre a legalidade da intervenção. O debate acerca do que legitima uma ação de força armada em defesa de direitos humanos é feito, trazendo-se os critérios existentes com base em dois documentos apresentados em debates internacionais, intitulados *A responsabilidade de proteger* e *A responsabilidade ao proteger*. É sustentada a legalidade da intervenção por estar contida dentro das possibilidades expostas no art. 42 da Carta ao Conselho de Segurança, como medida para restabelecimento da paz, sendo defendida, do mesmo modo, a existência de legitimidade quando são violadas normas de *jus cogens*, que consagram uma consciência moral da humanidade, elencando-se alguns necessários pressupostos para que a medida seja considerada legítima. Os dois termos — legitimidade e legalidade — não devem se confundir, precisando sua análise ser feita de forma autônoma.

Palavras-chave: Intervenção Humanitária. Legalidade. Conselho de Segurança.

ABSTRACT

The present article examines the legality of humanitarian intervention face the United Nations Charter and the existence of objective requirements so that an intervention can be considered legitimate. Can it be affirmed from the guiding principles of International Law that humanitarian intervention

* Recebido em: 21/11/2018
Aprovado em: 28/12/2018

** Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). E-mail: nati-caye@gmail.com

is legal? Doesn't the intervention go against state sovereignty? What does *legitimacy* consist of? These are questions the article seeks to solve, exposing, based on doctrine, international documents and Security's Council resolutions the possibility that humanitarian intervention be considered legal and legitimate, upending the idea of absolute sovereignty of States. The article begins with the conceptualization of humanitarian intervention and how it will be treated in the article. International Public Law has evolved with the objective of safeguarding human rights, placing the human person at the center of international relations as the final recipient of the norms of International Human Rights Law and International Security. Thus, the secondary responsibility of the international community for the protection of the most fundamental human rights is recognized, leading to the discussion of the legality of humanitarian intervention. What constitutes a legitimate intervention is discussed based on two important documents presented by the international community that generated the concept of *The Responsibility to Protect* and *The Responsibility while Protecting*. The legality of the intervention is sustained because it is contained within the possibilities set out in article 42 of the Charter allowing the Security Council to determine the intervention as a measure for the restoration of peace when faced with *jus cogens* norms violations, norms which consecrate humanity's moral conscience, listing some criterias that must be followed so that the measure can be considered legitimate. The two terms - *legitimacy* and *legality* - can not be confused, their analysis must be done autonomously.

Keywords: Humanitarian Intervention. Legality. Security Council.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo versa acerca da legalidade da intervenção militar humanitária frente aos princípios de Direito Internacional Público contidos na Carta das Nações Unidas, bem como aborda o dilema da legitimidade das intervenções, expondo os requisitos constantes atualmente em documentos elaborados pela comunidade internacional voltados especialmente para o assunto, ressaltando, no entanto, que não há pressupostos objetivos aceitos de forma unânime, tratando-se de um tema que ainda gera grandes debates internacionalmente.

A intervenção humanitária armada é uma medida extrema que vem sendo utilizada pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU), principalmente a partir do final da Guerra Fria, em situações de graves violações de direitos humanos que chocam a consciência da humanidade. O órgão, ao autorizar uma intervenção, afirma estar agindo sob o amparo do art. 42 da Carta das Nações Unidas, afirmando que as graves violações de direitos humanos são consideradas ameaças à paz e segurança internacionais.

A prática é considerada uma evolução da tradição da guerra justa, desenvolvida na idade média, em que se baseavam as razões para a guerra na moralidade e se buscava especificar quando seria justa/moral a utilização da força.

Trata-se de uma medida que busca resguardar as normas *jus cogens*, bem como garantir a efetiva eficácia da Organização das Nações Unidas (ONU), de modo que tenha uma última medida a qual recorrer quando um Estado-membro não cumpre suas obrigações, que se estendem desde seu povo até a comunidade internacional.

Apesar de ser um tema em que não se encontra consenso entre doutrinadores, é de extrema importância, uma vez que essa falta de consenso não impede sua prática, tanto unilateral quanto efetivamente determinada pelo CSNU.

A respeito desse dissenso problemática do presente artigo: a intervenção humanitária é legal frente aos princípios norteadores do Direito Internacional contidos na Carta das Nações Unidas? Se sim, quando será considerada legal? A legitimidade está contida na legalidade? Quando é possível afirmar que uma intervenção foi legítima?

As graves crises humanitárias, ocorridas no atual momento histórico, com o reiterado desrespeito aos princípios humanitários mais básicos, tornam evidente a importância da intervenção humanitária, uma vez que as operações de manutenção da paz (em que não há o uso da força para proteção de civis) acabam não sendo suficientemente eficazes quando atuam em um ambiente de extremo perigo.

As diversas intervenções ocorridas principalmente a partir dos anos 90 demonstraram a necessidade do debate sobre o assunto, a fim de traçar padrão de regularidade nos fundamentos das resoluções que determinam

a intervenção humanitária, diante da ausência de requisitos objetivos na legislação que definem e delimitam quando e como deve-se recorrer à medida.

Assim, o objetivo do presente artigo consiste em analisar as respostas dadas aos questionamentos acima, tanto na doutrina como em documentos internacionais¹ e informações disponíveis nos sítios oficiais dos órgãos envolvidos, sendo a pesquisa bibliográfica relacionada aos conceitos de guerra, soberania, uso da força, intervenções humanitárias, Direitos Humanos, Direito Humanitário e legitimidade, tanto de autores nacionais, como estrangeiros, em diversos ramos de estudo, uma vez que a problemática não deve se restringir ao ramo do Direito.

O artigo está estruturado em três partes, iniciando-se conceituação de intervenção humanitária abordado no presente estudo, considerando que, inclusive, sobre seu conceito, há divergências entre os pesquisadores.

Inicia-se o debate teórico com a análise da legalidade da intervenção, ou seja, se deve ser considerada ilegal frente aos princípios que regem o Direito Internacional, especialmente o Princípio da Não Intervenção, do não Uso da Força e da Soberania. Neste artigo, mostramos o desenvolvimento do Direito Internacional, estando cada vez mais voltado para questões humanitárias, o que gerou até mesmo um novo ramo nessa área: O Direito Internacional dos Direitos Humanos. Expomos também o Princípio da Soberania e o entendimento que deve se ter acerca deste, devendo gerar direitos e deveres aos Estados, o que não pode garantir a estes um passe livre para a tomada de qualquer atitude, devendo sempre prevalecer os direitos fundamentais dos cidadãos.

Posteriormente, buscamos responder às questões referentes à legitimidade da intervenção: como pode ser a legitimidade entendida atualmente, expondo que o conceito não mais se esgota em uma análise positiva. Traze-mos dois conceitos novos desenvolvidos com base em debates acerca das intervenções humanitárias: a responsabilidade de proteger e a responsabilidade ao proteger. A responsabilidade de proteção traz alguns requisitos norteadores para o Conselho de Segurança em relação

ao debate sobre a necessidade da determinação de uma intervenção, expondo alguns pressupostos objetivos necessários, e alguns que estão sujeitos a diferentes interpretações, permitindo a discricionariedade por parte do órgão em cada caso, trazendo debates de grande importância principalmente acerca da excepcionalidade que deve ser a medida. Já a responsabilidade ao proteger é um conceito novo apresentado pelo governo brasileiro que expõe a necessidade de controle também das intervenções durante sua execução para que não haja excessos e a fim de evitar que essa venha a causar mais malefícios que trazer benefícios.

A partir das considerações feitas no corpo do artigo, chega-se às considerações finais, concluindo que apesar de ainda haver muitas divergências, não se pode negar que a intervenção humanitária constitui prática legal do Conselho de Segurança quando utilizada para proteger a paz e segurança internacionais. As diversas resoluções, principalmente a partir dos anos 90, geram diversos precedentes para utilização da medida. Em contrapartida, deve-se desenvolver critérios mais objetivos para controlar o poder discricionário do órgão quanto ao uso da força, uma vez que os critérios apresentados pela Comissão Internacional sobre Intervenção e Soberania dos Estados (sigla em inglês: ICISS), apesar de serem aparentemente objetivos, ainda deixam totalmente nas mãos do Conselho a análise das situações que exigem a intervenção humanitária, e as que não, o que ocasiona uma falta de padrão nas decisões. Além disso, mostra-se necessário uma reforma ou constituição de um novo órgão no qual os representantes possam ser imparciais, não agindo sob pretextos políticos de seus governos, a fim de, efetivamente, garantir-se que a intervenção seja utilizada como medida de proteção das normas *jus cogens*, e não qualquer outra justificativa inidônea.

2. O CONCEITO DE INTERVENÇÃO HUMANITÁRIA

Apesar de ter suas origens na tradição da Guerra Justa, a Intervenção Humanitária não pode ser confundida com a guerra, porquanto a guerra é um *status jurídico*, caracterizado pela situação de caos supremo, sendo admitida atualmente, por meio de uma perspectiva legal, apenas em casos de legítima defesa (art.51 Carta); enquanto a intervenção, por sua vez, visa cessar o caos.²

¹ Analisaremos o documento elaborado pela Comissão Internacional sobre Intervenção e Soberania dos Estados (sigla em inglês: ICISS), intitulado a *responsabilidade de proteger*, bem como a nota conceitual com os elementos para o desenvolvimento e promoção do conceito *responsabilidade ao proteger*, apresentada à Assembleia Geral pela embaixadora do Brasil na ONU, Maria Luiza Ribeiro Viotti.

² MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direitos Humanos e*

A guerra tem a finalidade individualista de forçar um dos adversários a satisfazer as vontades do outro³, sendo esta a grande diferença das intervenções humanitárias, que devem visar tão somente à cessão das atrocidades. O motivo causador (principal) da intervenção deve ser a grave violação de direitos humanos; ou seja, a intervenção deve ocorrer em prol da humanidade. Por tal razão, não concordamos com Gisele Ricobom quando conceitua intervenção humanitária como *guerra em nome dos direitos humanos*⁴. A intervenção pode ocorrer em decorrência da guerra, mas esta não pode ser confundida com aquela.

Não há definição normativa do conceito de intervenção humanitária⁵, buscamos, portanto, sua conceituação na doutrina.

Intervenção Humanitária, conforme Fernando Tesón⁶, é:

[...] a ajuda proporcional transfronteiriça, incluindo ajuda forçada, fornecida por governos a indivíduos em outro estado que estão sendo negados direitos humanos básicos e que, eles mesmos, estariam racionalmente dispostos a se revoltar contra o governo opressivo. (Tradução nossa).

Cody, por sua vez, define separadamente o conceito de *intervenção* e de *humanitária*. Intervenção é “[...]o ato intencional de um estado ou grupo de estado ou agência internacional visando exercitar autoridade superior no que geralmente são políticas internas[...]”⁷(tradução nossa), sem que haja a anuência do intervindo. Já a expressão *humanitária* está ligada à causa principal da inter-

venção, que deve ser altruísta.⁸

Holzgreffe trabalha com o termo definido como:

[...]a ameaça ou o uso da força para além das fronteiras de outro Estado, por um Estado (ou grupo de Estados), com o objetivo de prevenir ou cessar violações graves e generalizadas de direitos humanos fundamentais dos indivíduos que não sejam cidadãos da força interventora, sem a permissão do Estado cujo território a força é aplicada. (Tradução nossa).⁹

Simone Martins Rodrigues expõe os três elementos trazidos por Bhikhu Parekhu necessários para caracterizar uma intervenção: “[...]o objeto da ação deve ser um estado soberano, que se opõe à ingerência externa, e a intervenção tem de representar um esforço de influenciar sua conduta doméstica[...]”¹⁰, além do necessário aspecto humanitário como motivador primário da decisão de intervir.¹¹

Há, no entanto, autores que afirmam que também é caracterizada como intervenção toda e qualquer ingerência nos assuntos internos dos estados, podendo ser ela diplomática, armada e econômica.¹²

Apesar de haver diversos tipos de intervenção humanitária, sem que haja consenso a respeito de sua delimitação na doutrina, no presente artigo nos limitaremos à análise da intervenção *militar* humanitária, ou seja, às intervenções armadas e coercitivas que visam à cessão da violação dos direitos mais fundamentais do ser humano.

Conflitos Armados. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 107-113.

3 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1175.

4 RICOBOM, Gisele. *Intervenção Humanitária: a guerra em nome dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

5 RODRIGUES, Simone Martins. *Segurança Internacional e Direitos Humanos: a prática da intervenção humanitária no pós-Guerra Fria*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 91.

6 “[...] the proportionate transboundary help, including forcible help, provided by governments to individuals in another state who are being denied basic human rights and who themselves would be rationally willing to revolt against their oppressive government.” TESÓN, Fernando R. *Humanitarian Intervention: an inquiry into law and morality*. 2. ed. New York: Transnational, 1997. p. 5.

7 “[...] an intentional act of one state or group of states or an international agency aimed at exercising overriding authority on what are normally the ‘internal’ policies or practices of another state or group of states”. COADY, C. A. J. *The Ethics of Armed Humanitarian Intervention*. 2002. p. 10. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.197.8523&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em: 11 jan. 2018.

8 COADY, C. A. J. *The Ethics of Armed Humanitarian Intervention*. 2002. p. 10. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.197.8523&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em: 11 jan. 2018. p. 11.

9 “[...] the threat or use of force across state borders by a state (or group of states) aimed at preventing or ending widespread and grave violations of the fundamental human rights of individual other than its own citizens, without the permission of the state within whose territory force is applied.” HOLZGREFFE, J. H. *Humanitarian Intervention: ethical, legal and political dilemmas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=luPNuThpx6QC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 12 fev. 2018.

10 RODRIGUES, Simone Martins. *Segurança Internacional e Direitos Humanos: a prática da intervenção humanitária no pós-Guerra Fria*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 96-7.

11 RODRIGUES, Simone Martins. *Segurança Internacional e Direitos Humanos: a prática da intervenção humanitária no pós-Guerra Fria*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 96-7.

12 MELLO, Celso D. De Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 469. v. 1

3. A LEGALIDADE NA INTERVENÇÃO

A intervenção militar humanitária possibilitada pelo texto do art. 42 da Carta das Nações Unidas é uma das possíveis medidas a ser tomada pelo Conselho de Segurança como forma de proteção da paz. Tornou-se prática recorrente no período pós-Guerra Fria, momento em que se apaziguaram as relações entre os Estados que compõem o órgão. No entanto, ainda hoje há grande debate acerca da licitude de tal medida, tendo em vista que fere princípios norteadores do Direito Internacional: o princípio da soberania estatal (art. 2.1 da Carta), da não intervenção (art. 2.7) e da proibição do uso da força (art. 2.4).¹³

Além disso, não existem critérios objetivos estabelecidos na legislação que permitem uma análise imparcial e igualitária de cada situação, fazendo com que o CSNU fundamente suas decisões em preceitos extralegais, muitas vezes não esclarecidos em suas resoluções, que com habitualidade compreendem a justificativa da intervenção por haver *grave violação dos direitos humanos, que constitui ameaça à paz e segurança internacional*, restringindo-se a afirmação de que o Conselho age sob o amparo do Capítulo VII da Carta.¹⁴

Diante dessas problemáticas, surge a divergência acerca da legalidade ou não das intervenções humanitárias, a seguir analisada.

3.1. A Humanização do Direito Internacional

A primeira forma de intervenção humanitária na prática internacional foi aquela que visava a proteção dos direitos de súditos estrangeiros contra um governante opressor¹⁵; não obstante, foi somente a partir do final da I Guerra Mundial, diante das atrocidades en-

frentadas e com uma maior conscientização das consequências da guerra que, com a criação da Liga das Nações (1919-1939), buscou-se, efetivamente, restringir o *jus ad bellum*.¹⁶

O Pacto Kellogg-Briand (ou Pacto de Paris), assinado em 1928, condenava o recurso à guerra como método de solução de controvérsias internacionais, rompendo a doutrina da guerra justa.¹⁷ Apesar de seu fracasso pelo advento da II Guerra Mundial, é considerado um marco histórico por ser o primeiro pacto que formalizou uma proposta de total renúncia à guerra.¹⁸

Portanto, não obstante a criminalização da guerra, estas continuam a existir, devendo o direito buscar formas de mitigar o sofrimento das vítimas inevitáveis quando se está diante de um conflito armado, ainda que para isso seja necessário o uso da força (em prol dos direitos humanos). Assim, o uso da força passa a ser entendido como um mal a ser evitado, porém, às vezes, necessário.¹⁹ Ou seja, ainda que em casos de guerra, deve-se respeitar um direito mínimo das partes: o chamado Direito Internacional Humanitário.²⁰ Frisa-se que é o

16 MEZZANOTTI, Gabriela. *Direito, Guerra e Terror: Os novos desafios do Direito Internacional pós 11 de setembro*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 28.

17 MIALHE, Jorge Luis. Considerações sobre a história do direito das relações internacionais: jus in bello, guerra justa e a ONU. In: MIALHE, Jorge Luis (org.). *Direito das Relações Internacionais: Ensaios Históricos e Jurídicos*. São Paulo: Millennium, 2007. p. 157-8.

18 PACTO Briand-Kellog. Disponível em: <http://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeira-republica/PACTO%20BRIAND-KELLOG.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2018.

19 Preâmbulo da Carta: “[...]Junir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, **que a força armada não será usada a não ser no interesse comum[...]**”. BRASIL. *Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945*. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 12 abr. 2018.

20 O Direito Internacional Humanitário (DIH) é área do Direito Internacional que busca estabelecer normas básicas para evitar a crueldade cega e implacável em conflitos armados, sendo o anteriormente denominado *jus in bello*. Swinarski define o DIH como: “[...] o conjunto de normas internacionais, de origem convencional ou consuetudinária, especificamente destinado a ser aplicado nos conflitos armados, internacionais ou não internacionais, e que limita, por razões humanitárias, o direito das Partes em conflito de escolher livremente os métodos e os meios utilizados na guerra, ou que protege as pessoas e os bens afetados, ou que possam ser afetados pelo conflito. Em: SWINARSKI. Christophe. *Introdução ao Direito Internacional Humanitário*. Brasília: Comitê Internacional da Cruz Vermelha e Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996. p. 11.

13 RODRIGUES, Simone Martins. *Segurança Internacional e Direitos Humanos: a prática da intervenção humanitária no pós-Guerra Fria*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 107-9.

14 Exemplos: ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Security Council. *Resolution 794 (1992)*. S/RES/794 (1992). Disponível em: [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/794\(1992\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/794(1992)). Acesso em: 5 mar. 2018; ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Security Council. *Resolution 824 (1993)*. S/RES/824 (1993). Disponível em: [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/824\(1993\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/824(1993)). Acesso em: 5 mar. 2018.

15 RODRIGUES, Simone Martins. *Segurança Internacional e Direitos Humanos: a prática da intervenção humanitária no pós-Guerra Fria*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 92.

Tribunal Internacional Penal, criado a partir do Estatuto de Roma em 1998, que tem, dentre os crimes de sua competência, os atos de agressão e crimes de guerra.²¹

Aron analisa que não basta a mera existência de norma legal, se em desacordo às realidades da sociedade internacional (tratava-se de normas de *soft law*), afirmando que “quem imaginava garantir a paz declarando a guerra contrária à lei pensava como um médico que pensasse poder curar uma doença declarando-a contrária às aspirações da humanidade”.²² Dessa forma o autor faz uma crítica à norma criada com aspectos idealistas, sem que seja condizente com a realidade fática do período, de modo a se tornar ineficaz.

Assim, após o final da II Guerra Mundial, com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), a fim de preservar a paz, fica estabelecido pela Carta das Nações Unidas que a guerra é um meio ilícito de solução de controvérsias internacionais²³, sendo estabelecidas sanções em caso de descumprimento, visando, especialmente, à proteção da pessoa humana e os direitos a ela inerentes.²⁴ Dessarte, a Carta estabelece meios de efetivar as normas, vinculando-se “cada vez mais os Estados aos seus deveres internacionais dando justo realce e alcance objetivo à função coordenadora do direito”.²⁵

Essa proteção da pessoa humana no âmbito internacional está ligada ao surgimento, após a segunda grande guerra, de um novo ramo do Direito Internacional: o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Ele se forma com a entrada em vigor da Carta, que reconhece que os seres humanos têm direitos sob o Direito Internacional e que a violação de tais direitos enseja na responsabilidade da comunidade internacional. Tanto o Direito Internacional Humanitário, como o Direito Internacional dos Direitos Humanos têm como finalidade a proteção da pessoa humana, sendo, aquele, no entanto, específico para os casos em que há conflito ar-

mado.²⁶

Com a criação da ONU, há grande crescimento no surgimento de documentos internacionais visando à salvaguarda dos direitos fundamentais do homem, sendo o mais importante deles A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que deve ser utilizada em combinação com os princípios tipificados na Carta.²⁷

É a partir desse crescimento e da compreensão de que a proteção dos direitos fundamentais não deve se esgotar na atuação interna de cada Estado que, em 1960, o Conselho de Segurança (CSNU) aprova a resolução 134²⁸, vinculando, pela primeira vez, uma questão de direitos humanos à ameaça à paz e segurança internacionais.²⁹

Não obstante a falta de previsão expressa na Carta das Nações Unidas que garanta a possibilidade de o Conselho de Segurança determinar a intervenção humanitária, a legalidade e competência do CSNU, conforme as decisões do próprio órgão, advém da previsão expressa no art. 39, que afirma caber ao Conselho determinar a existência de qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão, e fará recomendações ou decidirá que medidas deverão ser tomadas de acordo com os Artigos 41 e 42, a fim de manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais.³⁰

26 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 3-18.

27 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 2.

28 O parágrafo primeiro afirmava que levando em consideração a grave preocupação entre os governos e pessoas do mundo pelos acontecimentos da União da África do Sul, o Conselho: “1. Recognizes that the situation in the Union of South Africa is one that has led to international friction and if continued might endanger international peace and security.” RESOLUTIONS Adopted and Decisions Taken by the Security Council in 1960. Disponível em: [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/134\(1960\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/134(1960)). Acesso em: 04 fev. 2018.

29 GHISLENI, Alexandre Peña. *Direitos Humanos e Segurança Internacional: o tratamento dos temas de Direitos Humanos no Conselho de Segurança das Nações Unidas*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2011. p. 32. Disponível em: http://funag.gov.br/loja/download/857-Direitos_Humanos_e_Seguranca_Internacional.pdf. Acesso em: 03 jan. 2018.

30 Art. 39. BRASIL. *Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945*. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 19 fev. 2018.

21 BORGES, Leonardo Estrela. *O Direito Internacional Humanitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 2.

22 ARON, Raymond. *Paz e Guerra entre as Nações*. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002. p. 708.

23 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1174.

24 CASSESE, Antonio. Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e justiça penal internacional? In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais*. São Paulo: Manole, 2004. p. 13.

25 ITUASSÚ, Oyama Cesar. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 696.

Isso porque a violação da paz e ato de agressão estão ligados aos direitos humanos, considerando o impacto que o conflito pudesse causar (conforme restou decidido na resolução 134 de 1960³¹).³²

Ainda, além de buscar manter a paz e segurança internacionais, outro objetivo da organização, conforme contido no preâmbulo da Carta é “[...]reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano[...]”³³, também reafirmado pelo art. 1.3, de modo que a legalidade também se encontra firmada nos dois principais pilares das Nações Unidas: paz internacional e direitos humanos.³⁴

Dessa forma, o conceito aberto de ameaça à paz e atos de agressão pode remeter à proteção dos direitos humanos, de modo que se torna legal o tratamento de temas de direitos humanos pelo Conselho, desde que sua gravidade constitua ameaça à paz e segurança internacionais. Tal ideia está entrelaçada com a humanização do Direito Internacional, ocorrida, principalmente, a partir da criação da ONU e com o surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos.³⁵

A mobilização da comunidade internacional para assegurar uma proteção eficaz do ser humano é referida por Antônio Augusto Trindade como consequência do “[...]despertar de uma consciência jurídica universal[...]”³⁶ (tradução nossa) para a prevalência da dignidade da pessoa humana em qualquer situação. O autor defende a neces-

sidade de conciliação entre a ordem legal e a ordem moral, de modo que as questões de direitos humanos não devem ser abordadas tão somente com base em uma perspectiva positivista. O Direito Internacional deve estar em constante desenvolvimento, sempre sendo direcionado ao ser humano, destinatário final das suas normas de proteção.³⁷

A proteção do indivíduo no âmbito internacional está diretamente entrelaçada com o sistema (ou princípio, como referido por alguns autores³⁸) da segurança coletiva, uma vez que a adesão dos Estados a instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos “[...]só possuem conteúdo real quando o mecanismo de responsabilização por violações é eficaz[...]”³⁹, a fim de se evitar o caráter meramente programático de tais normas.⁴⁰

3.2. O Conceito de Segurança Coletiva

Criado com a Liga das Nações, o princípio da segurança coletiva remetia a uma ideia de proteção conjunta de todos estados-membros em caso de ameaça da segurança de qualquer Estado.⁴¹ Tal princípio/sistema foi restabelecido após a Segunda Guerra Mundial com

31 GHISLENI, Alexandre Peña. *Direitos Humanos e Segurança Internacional: o tratamento dos temas de Direitos Humanos no Conselho de Segurança das Nações Unidas*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2011. p. 32. Disponível em: http://funag.gov.br/loja/download/857-Direitos_Humanos_e_Seguranca_Internacional.pdf. Acesso em: 03 jan. 2018.

32 GHISLENI, Alexandre Peña. *Direitos Humanos e Segurança Internacional: o tratamento dos temas de Direitos Humanos no Conselho de Segurança das Nações Unidas*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2011. p. 50-1. Disponível em: http://funag.gov.br/loja/download/857-Direitos_Humanos_e_Seguranca_Internacional.pdf. Acesso em: 03 jan. 2018.

33 Preâmbulo da Carta.

34 ANNAN, Kofi A. *Intervenções: uma vida de guerra e paz*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 151.

35 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 3-18.

36 “[...]despertar de la conciencia jurídica universal[...]”. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; SANTIAGO, Jaime Ruiz de. *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI*. 2. ed. San José, C.R: Impresora Gossesstra Internacional, 2002. p. 63. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8946.pdf?view=1>. Acesso em: 13 abr. 2018.

37 “[...]despertar de la conciencia jurídica universal[...]”. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; SANTIAGO, Jaime Ruiz de. *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI*. 2. ed. San José, C.R: Impresora Gossesstra Internacional, 2002. p. 63-9. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8946.pdf?view=1>. Acesso em: 13 abr. 2018.

38 Dentre os quais: PINTO, Maria do Céu. *As Nações Unidas e a Manutenção da Paz*; e as atividades de peacekeeping doutras organizações internacionais. Coimbra: Almedina, 2007; REZENDE, Lucas Pereira; AZEVEDO, Cesar Augusto Lambert de. ABRI. Associação Brasileira de Relações Internacionais. *Carta Internacional. Sobre o Sistema de Segurança Coletiva e a Legitimidade das Operações de Paz da ONU*, v. 6, n. 1, 2011. Disponível em: <https://cartainternacional.abri.org.br/Carta/article/view/22>. Acesso em: 28 mar. 2018.

39 RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 9.

40 RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 9.

41 REZENDE, Lucas Pereira; AZEVEDO, Cesar Augusto Lambert de. ABRI. Associação Brasileira de Relações Internacionais. *Carta Internacional. Sobre o Sistema de Segurança Coletiva e a Legitimidade das Operações de Paz da ONU*, v. 6, n. 1, p. 24, 2011. Disponível em: <https://cartainternacional.abri.org.br/Carta/article/view/22>. Acesso em: 28 mar. 2018. p. 24.

a criação da ONU, visando prevenir o uso unilateral da força pelos estados (excetuando-se a legítima defesa), bem como a existência de uma autoridade internacional (a própria Organização), que atuaria como força policial internacional através do Conselho de Segurança.⁴²

Sutterlin afirma que, dentre as principais razões para o fracasso da Liga, se encontra a inefetividade das sanções contra estados não obedientes, devendo a ONU, portanto, ter um sistema de imposição mais efetivo.⁴³ Assim, não obstante exista a previsão na Carta da possibilidade do exercício da legítima defesa individual ou coletiva, essas são restringidas⁴⁴, tendo o Conselho de Segurança o monopólio de autorização acerca de medidas coercitivas,⁴⁵ de modo a manter a paz e resguardar a segurança internacional, agindo no desempenho de suas funções em nome dos membros da organização (que concordam em aceitar e executar suas decisões, conforme art. 25 da Carta).⁴⁶

Henry Kissinger expõe que:

Segurança coletiva não define uma ameaça em

42 RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 168.

43 SUTTERLIN, James S. *The United Nations and the Maintenance of International Security. A Challenge To Be Met*. Praeger. 1995. p. 3. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=dYistZdU8AQC&oi=fnd&pg=PA1&dq=The+United+Nations+and+the+Maintenance+of+International+Security&ots=cdu8pexCPS&sig=xYGa9I-08Dqc4cAhbuqrq0-678w#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 28 mar. 2018.

44 “**Artigo 51.** Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva no caso de ocorrer um ataque armado contra um Membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos Membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer tempo, a ação que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais.” (Grifo osso). BRASIL. *Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945*. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 27 fev. 2018.

45 PATRIOTA, Antonio de Aguiar. *O Conselho de Segurança após a Guerra do Golfo: a articulação de um novo paradigma de segurança coletiva*. Brasília: Instituto Rio Branco, 1998. p. 24.

46 “**Artigo 25.** Os Membros das Nações Unidas concordam em aceitar e executar as decisões do Conselho de Segurança, de acordo com a presente Carta.” BRASIL. *Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945*.

particular, não garante uma nação individual, e não discrimina ninguém. É teoricamente designada para resistir qualquer ameaça à paz, por qualquer um que ameaça-la e contra quem possa estar direcionada.⁴⁷ (Tradução nossa).

O capítulo VII da Carta, que prevê a possibilidade de o Conselho de Segurança tomar medidas militares nos casos em que há ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão, é associado por Antônio de Aguiar Patriota como um sinônimo de segurança coletiva.⁴⁸ No entanto, concordamos com a afirmação de Maria do Céu Pinto, que leciona ser a principal ideia da segurança coletiva a proteção de determinados valores, derivando as medidas previstas no capítulo VII da necessidade de sustentar o referido princípio.⁴⁹

Eduardo Uziel elenca as principais características da segurança coletiva, quais sejam:

- 1) a paz como objetivo último, sendo a guerra, em princípio, banida, e a conquista territorial ilegal;
- 2) a agência organizadora das ações de segurança coletiva é de composição quase universal e opera por um princípio, ainda que matizado, de igualdade soberana;
- 3) as decisões sobre ações a serem empreendidas em conflitos armados são tomadas por órgãos coletivos e, ao menos do ponto de vista formal, representativos, constituídos anteriormente aos casos com os quais lidam.⁵⁰

Assim, a possibilidade da intervenção humanitária advém de uma ideia de segurança coletiva, sendo parte integral desse mecanismo, de forma a resguardar a paz mundial, mesmo que para isso tenha de invadir a chamada esfera de direitos dos Estados.⁵¹

Importante ressaltar que a segurança coletiva, como prevista na Carta, é efetuada pelo Conselho de Segurança

47 “Collective security defines no particular threat, guarantees no individual nation, and discriminates against none. It is theoretically designed to resist any threat to the peace, by whomever might pose it and against whomever it might be directed.” KISSINGER, Henry. *Diplomacy*. New York: Simon & Schuster, 1994. p. 247. Disponível em: <https://archive.org/stream/kissingerdiplomacy4/Henry%20Kissinger%20-%20Diplomacy#page/n241/mode/2up/search/247>. Acesso em: 22 fev. 2018.

48 PATRIOTA, Antonio de Aguiar. *O Conselho de Segurança após a Guerra do Golfo: a articulação de um novo paradigma de segurança coletiva*. Brasília: Instituto Rio Branco, 1998. p. 24.

49 PINTO, Maria do Céu. *As Nações Unidas e a Manutenção da Paz: e as actividades de peacekeeping doutras organizações internacionais*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 33.

50 UZIEL, Eduardo. *O Conselho de Segurança, as Missões de Paz e o Brasil no Mecanismo de Segurança das Nações Unidas*. Brasília: FUNAG, 2015. p. 36.

51 ITUASSÚ, Oyama Cesar. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 693.

ça, estando os Estados, unilateralmente, proibidos de utilizar a força (por força do art. 2.4), a não ser em casos de legítima defesa (art. 51).

O art. 51 da Carta traz a possibilidade de legítima defesa coletiva, no entanto, o próprio artigo faz ressalva que esse direito não deverá atingir a autoridade e responsabilidade do Conselho, assim dispondo:

Artigo 51. Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva no caso de ocorrer um ataque armado contra um Membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. *As medidas tomadas pelos Membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer tempo, a ação que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais.*⁵² (Grifo nosso).

Dessa forma não restam dúvidas que ao falar em legalidade da intervenção essa só pode ser autorizada pelo Conselho de Segurança, que tem monopólio para autorizar/determinar as medidas coercitivas, exercendo a segurança coletiva, representando os estados-membros⁵³.

Ressalvamos que com a resolução Unidos pela Paz⁵⁴ foi conferida à Assembleia Geral papel complementar ao do CSNU, no sentido de, quando este estiver paralisado pelo veto, a Assembleia pode fazer recomendações a assuntos referentes à proteção da paz e segurança internacionais (ressaltamos que as decisões da Assembleia não têm força vinculante).⁵⁵

Não obstante, ainda que em nome da proteção dos direitos humanos, a invasão nos assuntos internos dos estados se mostra tema de grande divergência na doutrina, sendo defendido por alguns a supremacia do princípio da soberania.⁵⁶ Apesar disso, mostraremos a seguir

que o Princípio da Soberania deve ser visto como uma responsabilidade e não somente como um direito, de modo que, em caso de não cumprimento da obrigação de proteção, há legitimidade para uma intervenção pela ordem internacional.

3.3. A Soberania como responsabilidade

Superada a questão quanto à suposta ilegalidade da intervenção por não estar abrangida dentre as competências do Conselho a proteção dos direitos humanos, impositiva a análise de tal proteção frente aos princípios da soberania estatal (art. 2.1 da Carta), protegido pelo princípio da não intervenção (art. 2.7) e proibição do uso da força (art.2.4).

O Princípio da Soberania é aquele que fundamenta a liberdade de um Estado em gerenciar seus assuntos internos e externos. O Princípio da não Intervenção tem como objeto a proteção de tal liberdade.⁵⁷ Seu conceito jurídico desde sempre foi controverso e de difícil precisão, sendo geralmente caracterizado pela independência, autodeterminação, poder de jurisdição⁵⁸ e autoridade de cada estado dentro do seu território, bem como na sua capacidade de estabelecer relações com outros Estados.⁵⁹

A assinatura dos tratados de Westfália (11 tratados cuja assinatura pôs fim a Guerra dos Trinta Anos), também conhecida como *Paz de Westfália* (1648), é um marco histórico no surgimento do Estado moderno, tendo

dos direitos humanos. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

57 VINCENT. *No Intervención y Orden Internacional* [I]. Chile/ Buenos Aires: Marymar, 1976. p. 19. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/10564/10564_3.PDF. Acesso em: 13 jan. 2018.

58 A doutrina distingue os poderes de jurisdição estatal em: jurisdição normativa, compulsória e jurisdicional. A primeira refere-se ao poder de cada Estado em disciplinar juridicamente sobre cada matéria; a segunda é relacionada ao poder de exigir o cumprimento das normas, administrativamente ou por meios policíacos; e a terceira diz respeito ao poder de levar a julgamento e sancionar um sujeito pela prática de alguma infração. Em: MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 217.

59 A doutrina distingue os poderes de jurisdição estatal em: jurisdição normativa, compulsória e jurisdicional. A primeira refere-se ao poder de cada Estado em disciplinar juridicamente sobre cada matéria; a segunda é relacionada ao poder de exigir o cumprimento das normas, administrativamente ou por meios policíacos; e a terceira diz respeito ao poder de levar a julgamento e sancionar um sujeito pela prática de alguma infração. Em: MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 213-5.

52 Art. 51. BRASIL. *Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945*. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 27 fev. 2018.

53 Nesse sentido: BIERRENBACH, Ana Maria. *O Conceito de Responsabilidade de Proteger e o Direito Internacional Humanitário*. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2011. p. 81.

54 ONU. Assembleia Geral. *AG Res. 377 (V)*. 1950.

55 JUBILUT, Líliliana Lyra. *Não Intervenção e Legitimidade Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 114.

56 RICOBOM, Gisele. *Intervenção Humanitária: a guerra em nome*

marcado o fim das guerras religiosas e sido reconhecida a autoridade soberana dos príncipes, bem como proclamada sua igualdade. Os Estados, a partir de então, passaram a ser considerados igualmente soberanos, estando subordinados a um único direito das gentes.⁶⁰ Jean Bodin foi o primeiro grande teórico da concepção de soberania. Para ele o poder soberano era absoluto e perpétuo, estando, apenas, limitado pelas leis divinas, leis fundamentais do Estado, leis pertinentes à propriedade privada e pelos pactos firmados entre os súditos.⁶¹

Grotius, por sua vez, entendia que a soberania era limitada pela lei divina, pelo direito natural e pelo direito das gentes⁶², defendendo uma noção de que a segurança, tanto interna quanto externa, é necessidade vital do indivíduo. Se um estado em conflito não conseguia garantir aos seus cidadãos direitos básicos inerentes à pessoa humana, tais direitos deveriam ser assegurados por uma comunidade internacional.⁶³

Dessa forma, percebe-se, desde aquela época, que há uma necessária limitação ao poder do soberano. Não obstante, alguns autores ainda defendem o caráter absoluto do princípio.⁶⁴ São posições que defendem a supremacia da soberania que possibilitaram a ocorrência de atrocidades, lavando as mãos de qualquer responsabilidade perante às vítimas.

Em 1922 um judeu chamado Bernheim compareceu diante da Assembleia apresentando queixa contra práticas nazistas que desrespeitavam a convenção germano-polaca de 1922 (estabelecia a proteção das minorias). Em resposta a tais alegações, o representante da Alemanha teria apenas dito que as práticas internas não diziam respeito aos presentes, diante da soberania estatal. Àquela época, a Assembleia não faz qualquer

condenação, apenas fazendo uma afirmação de que os Estados membros não atentem contra os direitos dos homens sob sua jurisdição. Tal decisão, que considerou absoluto o Princípio da Soberania, de forma a se abster de qualquer responsabilidade internacional, permitiu que Hitler pusesse em prática sua política *Mein Kampf*.⁶⁵

Assim, ao defender o caráter absoluto do Princípio da Soberania, acaba por se concordar com a inércia diante de atrocidades como aquelas cometidas com os judeus durante a Segunda Guerra Mundial.

Em contrapartida, reconhecendo responsabilidade moral de intervir, há aqueles que entendem ser a soberania limitada, tanto pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos como pelo Direito Humanitário, de modo a possibilitar uma atuação da comunidade internacional quando infringidas tais normas.⁶⁶

Bettati afirma que:

Subordinada, inicialmente, ao direito natural, e depois, aos direitos das gentes, a soberania deve suportar a ingerência dos outros Estados ou das organizações internacionais numa parte dos assuntos internos para garantir o respeito desses direitos.⁶⁷

Ituassú distingue soberania interna de soberania externa, afirmando que aquela é absoluta, sendo o Estado “[...] um poder que não depender de ninguém e que não pode ser igualado por nenhum outro”, enquanto esta é limitada pelas normas jurídicas de Direito Internacional, e pode ser definida como “[...] a qualidade que tem o Estado de não se obrigar senão por sua própria vontade”⁶⁸, conduzindo a uma ideia de igualdade entre estados.⁶⁹

O autor repugna a possibilidade de existência de uma soberania *externa* absoluta, sustentando que a necessidade de uma comunidade internacional faz com que os Estados estejam sujeitos a um conjunto de restrições. Nesse sentido reflete:

o direito interno delimita os passos do indivíduo,

60 AMORIM, João Alberto Alves. *A ONU e o Meio Ambiente*. Direitos humanos, mudanças climáticas e segurança internacional no século XXI. São Paulo: Atlas, 2015. p. 8-9.

61 LATAROLA, Antonio José. Formação histórica do conceito de soberania. In: MIALHE, Jorge Luis (org.). *Direito das Relações Internacionais*: Ensaios Históricos e Jurídicos. São Paulo: Millennium, 2007. p. 86-7.

62 FRANÇA, Paulo Roberto Caminha de Castilhos. *A Guerra do Kosovo, a OTAN e o Conceito de “Intervenção Humanitária”*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2004. p. 167.

63 CINELLI, Carlos Frederico. *Direito Internacional Humanitário*: ética e legitimidade no uso da força em conflitos armados. Curitiba: Juruá, 2016. p. 40.

64 Citamos: RICOBOM, Gisele. *Intervenção Humanitária*: a guerra em nome dos direitos humanos. Belo Horizonte: Fórum, 2010; JUBILUT, Liliana Lyra. *Não Intervenção e Legitimidade Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

65 BETTATI, Mario. *O Direito de Ingerência*: mutação da ordem internacional. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 18-9.

66 BIERRENBACH, Ana Maria. *O Conceito de Responsabilidade de Proteger e o Direito Internacional Humanitário*. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2011. p. 14-5.

67 BETTATI, Mario. *O Direito de Ingerência*: mutação da ordem internacional. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 40.

68 ITUASSÚ, Oyama Cesar. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 199-200.

69 MOREIRA, Adriano. *Teoria das Relações Internacionais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 410.

sem lhe retirar a livre disposição e, transposta a noção para o plano exterior, aquele poder individual, que se transferiu para o Estado e se projetou na vida internacional, não lhe dá o caráter supremo.⁷⁰

Conclui que o sistema político interno deve estar em conformidade com o Direito Internacional. Isso, pois, apesar do Direito de Legislação ser exclusivo, não é arbitrário, “[...] devendo atender aos critérios de humanidade, solidariedade internacional contra o delito, respeito ao direito adquirido etc.”.⁷¹ A responsabilidade *primária* pela resguarda dos direitos humanos de seus cidadãos é do Estado no qual residem, no entanto, há uma limitação a sua soberania em detrimento à preservação dos direitos do homem, de modo que os problemas internos tendem a se transformar em problemas internacionais (por serem de sua relevância).⁷²

Tesón defende que a autonomia estatal advém da autonomia individual dos seus cidadãos, sendo tal autonomia intrínseca com a noção de direitos humanos e inviolabilidade de tais direitos.⁷³ Dessa forma, todo ser humano possui direitos decorrentes do fato de ser, simplesmente, humano, não sendo estes decorrentes do Direito Internacional.

O princípio da soberania nunca foi uma licença para que os estados agissem como quisessem, ignorando os direitos fundamentais de seus cidadãos. Soberania deve implicar também responsabilidade, não apenas poder.⁷⁴

É nesse sentido que conclui a Comissão Internacional sobre Intervenção e Soberania dos Estados (sigla em inglês: ICISS):

É reconhecido que soberania implica uma dupla responsabilidade: externamente de respeitar a soberania de outros estados, e internamente, de respeitar a dignidade e direitos básicos de todas as pessoas no estado. Em tratados de direito internacional, na prática da ONU, e nas práticas dos próprios estados, soberania é agora entendida como abraçar esta dupla responsabilidade. Soberania como responsabilidade se tornou o conteúdo mínimo de boa cidadania internacional.⁷⁵ (Tradução nossa)

A própria Carta é um exemplo de obrigação internacional assumida pelos estados membros, que, ao se tornarem membros da Organização, concordam com todas as disposições da Carta, incluindo suas garantias e responsabilidades, dentre as quais: “[...] promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais *para todos*, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”.⁷⁶

É nesse sentido que tem sido o entendimento do Conselho de Segurança, da Assembleia Geral, assim como da Corte Internacional de Justiça, que já em 1950 afirma que as obrigações emanadas dos artigos 55 e 56 da Carta descartam a possibilidade de alegação de que a proteção dos direitos humanos é de domínio reservado dos Estados (protegido pelo art.2.7 da Carta), considerando a sua salvaguarda como tema de legítimo interesse internacional.⁷⁷

Conforme é exposto pela ICSS, pensar em soberania como responsabilidade implica a (i) responsabilidade das autoridades estatais na proteção da segurança e das vidas dos cidadãos e promoção do seu bem estar; (ii) as autoridades nacionais são responsáveis pelos cidadãos internamente e pela comunidade internacional através da ONU; (iii) os agentes do estado são responsáveis e devem ser responsabilizados por suas ações.⁷⁸

O conceito de responsabilidade foi então incorporado ao Documento Final da Cúpula das Nações Unidas em 2005, reconhecendo a responsabilidade primária dos Estados na proteção de seus cidadãos em casos de genocídio, crimes de guerra, limpeza étnica e crimes contra a humanidade, bem como a responsabilidade da comunidade internacional, por meio das Nações Unidas (inclusive pelos meios previstos no Capítulo VII da

ity: externally – to respect the sovereignty of other states, and internally, to respect the dignity and basic rights of all the people within the state. In international human rights covenants, in UN practice, and in state practice itself, sovereignty is now understood as embracing this dual responsibility. Sovereignty as responsibility has become the minimum content of good international citizenship”. Em: International Commission on Intervention and State Sovereignty. *The Responsibility to Protect*. p. 8, dez. 2001. Disponível em: <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2018.

76 Art. 1.3 Carta.

77 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 5.

78 International Commission on Intervention and State Sovereignty. *The Responsibility to Protect*. p. 13, dez. 2001. Disponível em: <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2018.

70 ITUASSÚ, Oyama Cesar. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 201.

71 ITUASSÚ, Oyama Cesar. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 208.

72 MOREIRA, Adriano. *Teoria das Relações Internacionais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 296.

73 TESÓN, Fernando R. *Humanitarian Intervention: an inquiry into law and morality*. 2. ed. New York: Transnational, 1997. p. 76-7.

74 ANNAN, Kofi A. *Intervenções: uma vida de guerra e paz*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 112-3.

75 “It is acknowledged that sovereignty implies a dual responsibil-

Carta), em caso de descumprimento da responsabilidade primária.⁷⁹

Assim, resta claro que há responsabilidade contida na soberania, residindo esta, inicialmente, com o estado que tem sua população afetada por graves e sistemáticas violações de direitos humanos. Somente nos casos de ineficácia das medidas tomadas, omissão frente às violações, ou ser o próprio estado o perpetrador das ofensas, deve o Conselho de Segurança tomar uma medida, inclusive coercitiva se necessário.⁸⁰

Dessa forma, não se está a tornar obsoleto o Princípio da Soberania, e, conseqüentemente, da intervenção e do não uso da força; no entanto, reconhece-se sua limitação em detrimento dos direitos inerentes à pessoa humana, sendo a soberania fonte tanto de deveres como de direitos, estando estes condicionados àqueles. Em outras palavras, o direito das pessoas deve prevalecer sobre o direito dos estados.⁸¹

Pode-se concluir, portanto, a legalidade da intervenção humanitária quando determinada/autorizada pelo CSNU, com base no capítulo VII da Carta, ou seja, quando a violação de direitos humanos constitua uma ameaça à paz ou segurança internacional (frisando que a intervenção não é fundamentada nos direitos do homem *per se*, mas na proteção da paz e segurança internacionais, que pode se ver ameaçada devido a grandes violações de direitos fundamentais dos indivíduos), não sendo o art. 42 limitado pelo Princípio da Soberania dos estados ou pelos demais princípios que derivam deste.

A possibilidade que o Conselho autorize a intervenção a bel-prazer tem gerado grandes debates na comunidade internacional a respeito do controle da legalidade de suas resoluções. A seção 3.4 do artigo analisa a possibilidade de revisão das resoluções do órgão.

3.4. O controle de legalidade das resoluções do Conselho de Segurança

Um dos problemas decorrentes da autorização das intervenções humanitárias pelo Conselho é a total discricionariedade que a expressão ampla *ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão* (art.39) dá ao órgão de determinar quais situações se encaixam em tais situações. Assim, com base nas diversas decisões tomadas pelo CSNU no período pós-Guerra Fria a respeito do assunto, surge a dúvida se há limites legais para o poder do órgão e quais são esses limites, além de quem os controlaria.

Alguns autores defendem que o controle das atividades do Conselho está na própria aquiescência dos estados-membros de suas decisões. Isso porque, conforme o art. 43⁸², o CSNU depende dos estados-membros para o fornecimento de forças armadas, a fim de cumprir o determinado na Resolução (uma vez que não dispõe de força armada própria permanente). Ou seja, os Estados-membros podem sempre contestar as decisões tomadas pelo órgão (mesmo que pelo simples não fornecimento dos meios para cumprimento da Resolução).⁸³

No entanto, basta que um Estado-membro forneça o pessoal necessário para o cumprimento da medida (podendo fazê-lo movido por interesses políticos), não se tratando, portanto, necessariamente de um controle

79 ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resultado da Cúpula Mundial de 2005 A/RES/60/1*. p. 30, 24 out. 2005. Disponível em: <https://undocs.org/A/RES/60/1>. Acesso em: 20 mar. 2018.

80 INTERNATIONAL COMMISSION ON INTERVENTION AND STATE SOVEREIGNTY. *The Responsibility to Protect* p. 17, dez. 2001. Disponível em: <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2018.

81 D'AMATO, Anthony A. *International Law Studies*. 26 fev. 1997. p. 378. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=uNuYKduz_kAC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q=intervention&f=false. Acesso em: 3 mar. 2018.

82 “**Artigo 43. 1.** Todos os Membros das Nações Unidas, a fim de contribuir para a manutenção da paz e da segurança internacionais, se comprometem a proporcionar ao Conselho de Segurança, a seu pedido e de conformidade com o acordo ou acordos especiais, forças armadas, assistência e facilidades, inclusive direitos de passagem, necessários à manutenção da paz e da segurança internacionais. 2. Tal acordo ou tais acordos determinarão o número e tipo das forças, seu grau de preparação e sua localização geral, bem como a natureza das facilidades e da assistência a serem proporcionadas. 3. O acordo ou acordos serão negociados o mais cedo possível, por iniciativa do Conselho de Segurança. Serão concluídos entre o Conselho de Segurança e Membros da Organização ou entre o Conselho de Segurança e grupos de Membros e submetidos à ratificação, pelos Estados signatários, de conformidade com seus respectivos processos constitucionais.” (Grifo nosso). BRASIL. *Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945*. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 12 abr. 2018.

83 RAJCIC, Ivana. Legal Control over Decisions Taken by the United Nations Organs and Judicial Review of the Security Council Decisions. *Pravnik*, v. 48, n. 1, 2014. p. 112. Disponível em: <https://hrcak.srce.hr/file/216771>. Acesso em: 12 abr. 2018.

de legalidade efetivo.

Surge, então, o debate acerca da possibilidade de revisão judicial das Resoluções do Conselho pela Corte Internacional de Justiça, que advém da problemática de conflito entre as decisões da Corte — que tem competência para “todas as questões que as partes lhe submetam, bem como todos os assuntos especialmente previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor”⁸⁴ — e do CSNU, a quem é incumbido o processamento da responsabilidade estatal no âmbito da imposição das sanções coletivas.⁸⁵

A discussão emerge, principalmente, de dois casos: o caso Bósnia e o caso Lokerbie. No primeiro (Bósnia e Herzegovina vs. Iugoslávia), a Bósnia solicitou que a Resolução 713⁸⁶, de 1991, que estabeleceu um embargo de armas para a região, deve ser “[...] interpretada de uma maneira que não impeça o direito inerente de defesa individual ou coletiva da Bósnia e Herzegovina nos termos do artigo 51 da Carta das Nações Unidas e as regras costumeiras de Direito Internacional [...]”.⁸⁷ (Tradução nossa). Todavia, nesse caso, considerando o pedido de proteção de direitos fundamentais da pessoa humana especificados na Declaração Universal de Direitos do Homem, a Corte entendeu que o pedido fugia de sua jurisdição, uma vez que a base da jurisdição do órgão é a Convenção para a Prevenção e punição ao crime de genocídio, não analisando o conteúdo da Resolução do CSNU; o juiz *ad hoc* Leuterpacht, em voto vencido, afirmou que a Corte poderia ter declarado o

conflito entre tal resolução e o *jus cogens*, a fim de que o próprio Conselho reconsiderasse sua decisão.⁸⁸

Já no caso Lokerbie, foi levantado o conflito de competência entre a Corte e o Conselho diante da resolução 731 (1992) e, posteriormente, da resolução 748 (1992). A Líbia argumentou que a resolução 731 ia de encontro a todo o procedimento para a solução pacífica de conflitos, prevista na Convenção de Montreal; enquanto os Estados Unidos argumentaram que, apesar da jurisdição dos dois órgãos ser paralela, assuntos que dizem respeito à apreciação política, são de competência exclusiva do Conselho.⁸⁹ Apesar de não ter apreciado de fato a legalidade da decisão do Conselho de Segurança, a Corte não o fez, pois entendeu que a questão seria de mérito, não devendo ser apreciada no âmbito da medida cautelar, mas não porque não tivesse competência para apreciá-la. Nesse sentido, a contribuição da decisão do Juiz Weeramantry foi importante. Esta, apesar de reconhecer que a Corte não pode funcionar como um tribunal de apelação no sistema das Nações Unidas, sustenta que a Corte deve assumir seu papel como principal órgão judicial da organização, devendo agir como guardiã da Carta e do Direito Internacional, não havendo

[...] órgão superior incumbido com funções judiciais e com a determinação de interpretação das questões e aplicação da lei internacional. [...] o fato de que a decisão judicial baseada na lei pode ter consequências políticas não é um fator que iria desviar (a Corte) do cumprimento das suas obrigações nos termos da Carta das Nações Unidas e do Estatuto da Corte.⁹⁰ (Tradução nossa).

A Corte estabeleceu, então, presunção de validade da Resolução 748, o que pode ser “um indício de um controle judicial moderado das resoluções do Conselho

84 Artigo 36. ONUBR. Organizações Unidas no Brasil. *Estatuto da Corte Internacional de Justiça*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/carta/cij/>. Acesso em: 02 maio 2018.

85 RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 179.

86 “6. Decides, under Chapter VII of the Charter of United Nations that all States shall, for the purposes of establishing peace and stability in Yugoslavia, immediately implement a general and complete embargo on all deliveries of weapons and military equipment to Yugoslavia until the Council decides otherwise following consultation between the Secretary-General and the Government of Yugoslavia.” p. 43. Disponível em: [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/713\(1991\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/713(1991)). Acesso em: 20 abr. 2018.

87 “(m) [...] must be construed in a manner that shall not impair the inherent right of individual or collective self-defence of Bosnia and Herzegovina under the terms of Article 51 of the Charter of the United Nations and the rules of customary international law; [...]”. BEDJAOUI, Mohammed. President of the International Court of Justice The Hague, p. 24, 9 ago. 1994. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/files/annual-reports/1993-1994-en.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

88 RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 181.

89 DISSENTING opinion of Judge Weeramantry. *Montreal Convention (DISS. OP. WEERAMANTRY)*. 1971. p. 55. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/88/088-19920414-ORD-01-07-EN.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

90 “[...] there is no higher body charged with judicial functions and with the determination of questions of interpretation and application of international law. [...] the fact that its judicial decision based upon the law may have political consequences is not a factor that would deflect it from discharging its duties under the Charter of the United Nations and the Statute of the Court.” DISSENTING opinion of Judge Weeramantry. *Montreal Convention (DISS. OP. WEERAMANTRY)*. 1971. p. 57. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/88/088-19920414-ORD-01-07-EN.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

de Segurança”.⁹¹ Não obstante, ainda se trata de tema pouco explorado, não havendo muitos casos em que surge tal controvérsia apresentados perante a Corte. O Conselho continua, a princípio, como órgão autônomo da ONU, não estando sujeito ao controle de legalidade de nenhum outro órgão. Apesar disso, espera-se que, com a apresentação de novos casos à Corte Internacional de Justiça, esta faça valer sua condição de órgão judicial máximo da ONU (conforme art.92⁹²), bem como sua competência, ainda que esses fatos já tenham sido apreciados pelo Conselho de Segurança; ou seja, tratar-se-ia de um controle *a posteriori* caso a ação fosse ilegal, o que daria margem a uma reparação ao estado lesado.⁹³

4. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE

Conforme afirmamos acima, a intervenção humanitária será considerada legal sempre que autorizada/determinada pelo Conselho de Segurança em casos de tamanha violação de direitos humanos que se caracteriza ameaça à paz e à segurança internacional. Atualmente, não há um órgão encarregado de controlar a legalidade dessas decisões. No entanto, não há requisitos objetivos na Carta das Nações Unidas de modo que há total discricionariedade do CSNU na determinação da intervenção.

Considerando-se que, atualmente, está superado o modelo positivista — não sendo a legitimidade esgotada no plano do direito —, a moral e a lei devem estar interligadas.⁹⁴

Buscar-se-á discutir o que constituirá uma decisão legítima que autoriza/determina a intervenção militar, ou, ainda, se é possível que uma intervenção seja legítima sem que tenha sido autorizada/determinada pelo órgão legal competente: o CSNU. Tal legitimidade é denominada por Juliana Jubilut como legitimidade normativa: aquela que

[...]avalia tanto a coadunação das normas com a tríade normativa legalidade-moralidade-constitucionalidade, verificando-se por meio dessa a adequação de seu conteúdo aos demais valores do cenário internacional, quanto a validade formal das normas por meio da análise do processo pelo qual a norma foi estabelecida.⁹⁵

A palavra legitimidade advém do latim, *legitimus*, que significava legal: de acordo com a lei.⁹⁶ A legitimidade que tem como base apenas a letra pura da lei era a visão defendida por Kelsen. Para o filósofo, tudo que é legal é também legítimo⁹⁷; enquanto Bobbio, por sua vez, refere que legitimidade remete “[...] ao grau de consenso numa parcela significativa da população capaz de garantir a obediência sem necessidade de recorrer à força”.⁹⁸

Já Habermas entende que o direito, a política e a moral estão entrelaçados.⁹⁹ Da mesma forma, Tesón entende que a moral e lei estão interligadas, afirmando que a lei “[...] flutua em um mar de moralidade, e mesmo que o vaso legal seja distinto da água em que está imerso, não se pode começar a explicar a forma ou o propósito do vaso sem fazer qualquer referência à água”.¹⁰⁰(Tradução nossa). Ou seja, atualmente a legalidade não se esgota na legitimidade, podendo uma intervenção ser legítima e ilegal; e ilegal e ilegítima.

Ao tratar da legitimidade da intervenção humanitária, esta deverá ser analisada em três momentos: no momento em que é determinada/autorizada; em seu meio, pelos meios que estão sendo utilizados para executar

91 RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 182.

92 “Artigo 92. A Corte Internacional de Justiça será o principal órgão judiciário das Nações Unidas. [...]”. (Grifo nosso). BRASIL. *Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945*. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 20 abr. 2018.

93 MELLO, Celso D. De Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 618. v. 1

94 TESÓN, Fernando R. *Humanitarian Intervention: an inquiry into law and morality*. 2. ed. New York: Transnational, 1997. p. ix.

95 JUBILUT, Líliliana Lyra. *Não Intervenção e Legitimidade Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 82.

96 MOREIRA, Felipe Kern. *Direito e Legitimidade na Sociedade Internacional*. Boa Vista: Editora da Universidade Federal de Roraima, 2012. p. 23.

97 MOREIRA, Felipe Kern. *Direito e Legitimidade na Sociedade Internacional*. Boa Vista: Editora da Universidade Federal de Roraima, 2012. p. 17-63.

98 BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política. In: MOREIRA, Felipe Kern. *Direito e Legitimidade na Sociedade Internacional*. Boa Vista: Editora da Universidade Federal de Roraima, 2012. p. 60.

99 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Moral*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 87-8.

100 “Law floats upon a sea of morality, and even though the legal vessel is distinct from the water in which it is immersed, one could not begin to explain the shape or purpose of the vessel without making any reference to water.” TESÓN, Fernando R. *Humanitarian Intervention: an inquiry into law and morality*. 2. ed. New York: Transnational, 1997. p. ix.

a intervenção; e, por fim, ao seu final, analisando se o objetivo inicialmente estabelecido foi cumprido. Será considerada legítima a intervenção na qual puder se verificar a soma dessas legitimidades.

Para entendermos quando uma decisão que determina a intervenção será legítima, temos de refletir sobre o porquê da norma que possibilita tal medida. Qual era seu propósito?

Conforme afirmado anteriormente, a intervenção tem como objetivo salvaguardar a paz e segurança internacionais, buscando não tornar a Carta das Nações Unidas obsoleta e garantido à organização um recurso legítimo ao qual possa recorrer em casos de descumprimento por algum Estado-membro de tudo o que a Carta busca proteger. O documento chega a ser referido por alguns autores como uma constituição internacional, determinando valores comuns e princípios guiadores, sendo um verdadeiro mínimo valorativo comum da comunidade internacional.¹⁰¹

Dessa forma, a legitimidade da intervenção estará ligada, conforme anteriormente exposto, a uma consciência moral da humanidade, expressa pelos valores contidos na Carta.¹⁰² Ana Maria Bierrenbach afirma que “o que dá ao poder legitimidade é o fato de agir em nome de normas reconhecidas como universais e, dessa forma, preservar valores e instituições que sirvam a todos”.¹⁰³

Atualmente, o Direito, assim como o Estado, estão voltados ao indivíduo, encontrando, na dignidade da pessoa humana e nos direitos humanos, a sua noção de justiça. Dessa forma, é o respeito ao próprio ser humano que deve guiar todas as condutas, tanto humanas quanto institucionais ou estatais, e é quando uma não observância à dignidade do ser humano (fundamento central dos direitos humanos¹⁰⁴) se apresenta, que a intervenção se faz necessária.¹⁰⁵

Tal ideia está interligada à noção de normas *jus cogens*, ou seja, aquelas normas de caráter tão essencial que são consideradas inderrogáveis, não estando sujeitas à vontade de quem quer que seja. Nem todas as normas de direitos humanos são *jus cogens*, apenas os direitos humanos básicos, ou seja, quando a violação da dignidade do ser humano é latente.¹⁰⁶

As normas *jus cogens* são normas cujas violações, pode-se afirmar, ferem a moralidade universal, uma vez que as normas desse gênero decorrem de “[...] uma aproximação entre as normas costumeiras e os imperativos morais internacionais[...]”, remetendo a uma noção de justiça universal.¹⁰⁷

Assim, no primeiro pilar da análise da legitimidade, entendemos que será legítima a intervenção que tiver por fundamento a violação a uma norma de *jus cogens*.

A necessidade da análise dos meios utilizados advém de que a intervenção nunca pode causar mais malefícios do que os benefícios que traz, devendo sua atuação seguir as normas de direito humanitário, uma vez que é esse o ramo do Direito Internacional que traz a estrutura normativa que estipula os direitos e deveres em conflitos armados.¹⁰⁸

Patriota afirma que o processo de prática das intervenções humanitárias se autolegitima não pela sua consistência jurídica, mas pelo seu significado político: “[...] do impacto mais ou menos positivo que tiver sobre a situação do terreno e de sua repercussão nas relações internacionais”.¹⁰⁹ Dessa forma, no segundo pilar, será legítima a intervenção que, na sua execução, obedecer às normas de Direito Internacional Humanitário.

Por fim, o último pilar da análise da legitimidade se dará no momento em que cessar as causas estabelecidas como justificativas para a intervenção (primeiro pilar). Não pode, portanto, a intervenção continuar quando as graves violações de direitos humanos tiverem cessado.¹¹⁰

101 JUBILUT, Lílana Lyra. *Não Intervenção e Legitimidade Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 84.

102 WALZER, Michael. *Guerras Justas e Injustas: uma argumentação moral com exemplos históricos*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 183.

103 BIERRENBACH, Ana Maria. *O Conceito de Responsabilidade de Proteger e o Direito Internacional Humanitário*. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2011. p. 45.

104 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2015. p. 118.

105 JUBILUT, Lílana Lyra. *Não Intervenção e Legitimidade Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 73.

106 DAUDI, Gabriel Pithan. *Reservas aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos: o conflito entre a eficácia e a promoção dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 149-54.

107 DAUDI, Gabriel Pithan. *Reservas aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos: o conflito entre a eficácia e a promoção dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 155.

108 JUBILUT, Lílana Lyra. *Não Intervenção e Legitimidade Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 152.

109 PATRIOTA, Antonio de Aguiar. *O Conselho de Segurança após a Guerra do Golfo: a articulação de um novo paradigma de segurança coletiva*. Brasília: Instituto Rio Branco, 1998. p. 118.

110 International Commission on Intervention and State Sovereignty. *The Responsibility to Protect*. p. 37, dez. 2001. Disponível em:

Assim, a análise da legitimidade deve ser feita nesses três momentos, não sendo a legitimidade e a legalidade dependentes, devendo o parecer destas ser feita de forma autônoma. Desse modo, uma intervenção poderá ser ilegítima, mas legal; bem como legítima, mas ilegal (quando não for determinada/autorizada pelo Conselho de Segurança).

A ONU vem agindo para definir elementos objetivos que legitimem a intervenção, sendo o Relatório intitulado *A Responsabilidade de Proteger* (Responsability to Protect, ou, R2P, sigla em inglês), um dos resultados de tais esforços.

4.1. A Legitimidade a partir dos critérios estabelecidos pela Comissão Internacional sobre Intervenção e Soberania dos Estados: a Responsabilidade de Proteger

A Comissão Internacional sobre Intervenção e Soberania dos Estados foi constituída após o discurso do então Secretário-Geral da ONU, Kofi Annan, em 1999, o qual declarou a possibilidade da intervenção por parte da comunidade internacional quando constatadas violações flagrantes, sistemáticas e generalizadas de direitos humanos, lançando a problemática da intervenção humanitária, exigindo maior definição para o tema dentro das Nações Unidas.¹¹¹

Assim, a ICISS buscou estabelecer os critérios essenciais para que fosse possível a autorização de uma intervenção por parte do CSNU, sendo o relatório denominado *A Responsabilidade de Proteger*¹¹², resultado de tal trabalho.

O título do relatório é considerado uma reformulação do conceito de intervenção humanitária, de modo a acabar com a discussão se a intervenção se trata de um direito ou um dever, estabelecendo a existência de uma responsabilidade *de proteção*, que consiste em uma obrigação moral, sendo detentora de legalidade quando determinada pelo CSNU.¹¹³

A ICISS estabelece seis critérios para que o Conselho de Segurança possa autorizar uma intervenção humanitária: (i) justa causa, cujas condições são perda de vidas em grande escala ou limpeza étnica em grande escala; (ii) intenção correta; (iii) último recurso; (iv) meios proporcionais; (v) razoáveis chances de sucesso; (vi) autoridade correta. Além de seis princípios operacionais a serem seguidos: (i) objetivos claros; (ii) abordagem militar comum entre parceiros envolvidos; (iii) aceitação de limitações, incrementalismo e gradualismo na aplicação da força; (iv) regras precisas de atuação, que reflitam o princípio da proporcionalidade e envolvam total aderência à lei internacional humanitária; (v) aceitação de que a proteção forçada não pode se tornar o principal objetivo; (vi) máxima coordenação possível com organizações humanitárias.¹¹⁴

Passaremos a uma análise pormenorizada dos critérios necessários para autorizar a intervenção, consideraremos legítima uma intervenção quando tais requisitos estiverem preenchidos.

4.1.1. A justa causa

O critério da justa causa busca estabelecer que tipo de violação é suficientemente gravosa de forma a mitigar o princípio da soberania estatal, legitimando a intervenção humanitária. O relatório afirma que a medida somente seria justificável em situações que chocassem a *consciência da humanidade*, traz rol exemplificativo de quais situações se adequariam a essa denominação.¹¹⁵

A ICISS define duas situações como suficientemente gravosas, de forma a possibilitar a determinação/autorização da intervenção militar: (i) perda de vidas em grande escala, que não precisa ter intento genocida e (ii) limpeza étnica em grande escala, levada a cabo mediante assassinato, expulsão forçada, ato de terror ou estupro. Em ambos os casos a intenção pode advir do próprio Estado ou por negligência ou falha deste em evitar sua ocorrência. Ainda, não há necessidade de que o Conselho aguarde o acontecimento dos fatos para agir, se

<http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2018.

111 RICOBOM, Gisele. *Intervenção humanitária: a guerra em nome dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 220.

112 International Commission on Intervention and State Sovereignty. *The Responsibility to Protect*. dez. 2001. Disponível em: <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2018.

113 ANNAN, Kofi A. *Intervenções: uma vida de guerra e paz*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 149.

114 International Commission on Intervention and State Sovereignty. *The Responsibility to Protect*. p. XII-XIII-4, dez. 2001. Disponível em: <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2018.

115 International Commission on Intervention and State Sovereignty. *The Responsibility to Protect*. p. 32-4, dez. 2001. Disponível em: <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2018.

houver evidência suficiente de que as violações ocorrerão, poderá intervir (intervenção antecipatória).¹¹⁶

A Comissão buscou esclarecer as situações que estariam abrangidas nestas duas possibilidades, elencando:

1- Ações definidas pela estrutura da Convenção do Genocídio de 1948 que envolvam ameaça ou perda de vidas em grande escala; 2- a ameaça ou ocorrência de perda de vida em grande escala, quer seja produto de intento genocida ou não, e que envolva ou não a ação estatal; 3- diferentes manifestações de “limpeza étnica”, incluindo matança sistemática de membros de um grupo particular a fim de diminuir ou eliminar sua presença em uma área em particular, a remoção física sistemática de membros de um grupo em particular de uma área geográfica em particular, atos de terror designados a fazer com que as pessoas fujam, e estupros sistemáticos com propósitos políticos em mulheres de um determinado grupo (tanto como outra forma de terrorismo, como meio de mudar a composição étnica daquele grupo); 4- crimes contra a humanidade e violações de crimes de guerra, conforme definidos pela Convenção de Genebra, Protocolos Adicional, ou outro lugar, que envolvam matança ou limpeza étnica em larga escala; 5- situações de colapso estatal como resultado da exposição da população à fome extrema e/ou guerra civil; 6- grandes catástrofes naturais ou ambientais, onde o Estado em questão é incapaz ou negligente em lidar, ou ligar para assistência, e significante perda de vidas está ocorrendo ou em ameaça.¹¹⁷ (Tradução nossa).

116 International Commission on Intervention and State Sovereignty. *The Responsibility to Protect*. p. 31, dez. 2001. Disponível em: <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2018.

117 “those actions defined by the framework of the 1948 Genocide Convention that involve large scale threatened or actual loss of life; □ the threat or occurrence of large scale loss of life, whether the product of genocidal intent or not, and whether or not involving state action; □ different manifestations of “ethnic cleansing,” including the systematic killing of members of a particular group in order to diminish or eliminate their presence in a particular area; the systematic physical removal of members of a particular group from a particular geographical area; acts of terror designed to force people to flee; and the systematic rape for political purposes of women of a particular group (either as another form of terrorism, or as a means of changing the ethnic composition of that group); □ those crimes against humanity and violations of the laws of war, as defined in the Geneva Conventions and Additional Protocols and elsewhere, which involve large scale killing or ethnic cleansing; □ situations of state collapse and the resultant exposure of the population to mass starvation and/or civil war; and □ overwhelming natural or environmental catastrophes, where the state concerned is either unwilling or unable to cope, or call for assistance, and significant loss of life is occurring or threatened.” Em: International Commission on Intervention and State Sovereignty. *The Responsibility to Protect*. p. 33, dez. 2001. Disponível em: <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2018.

O relatório busca especificar melhor o que abrange a denominada *grave violação dos direitos humanos*; no entanto, não especifica que grau de matança é uma *matança sistemática*, o número de pessoas que devem ser forçadas a sair/sofrer violações para ser considerada uma *limpeza étnica*, ou, ainda, o que constitui *grande escala*. Dessa forma, percebe-se a impossibilidade de uma determinação de critérios objetivos específicos a fim de definir o que constitui uma *grave violação de direitos humanos*, restando ao Conselho de Segurança analisar caso a caso quando há necessidade da intervenção e se a gravidade das violações tem força suficiente para chocar *a moral da humanidade*.

Em contrapartida, a ICISS expõe situações que não se enquadram na hipótese da causa justa, quais sejam: casos sistemáticos de discriminação racial, aprisionamento ou formas de repressão política, ou mesmo episódios de governos democráticos destituídos por golpes militares. A proteção do nacional no exterior foi excluída do critério, uma vez que estaria regulada pelo art. 51 da Carta.¹¹⁸ Assim, a Comissão, ao expor, especificamente, que tais causas não constituem fundamentação legítima para a intervenção humanitária, afasta a possibilidade do intervencionismo amplo.

Isso se dá porque a intervenção não deve ser baseada na proteção dos direitos do homem *per se*, mas na *proteção da paz e segurança internacionais*, conforme dispõe o texto literal do art. 42 da Carta, o CSNU goza de uma ampla discricionariedade na avaliação dos pressupostos, uma vez que não há explicitação na Carta do que compõem esses conceitos.¹¹⁹

As situações que possibilitam a intervenção humanitária elencadas pela Comissão não são limites absolutos à atuação do CSNU, que deve agir em situações de grande necessidade humanitária, que choquem a consciência da humanidade, sendo, portanto, adotado o posicionamento do intervencionismo limitado: que possibilita a intervenção em casos de extrema violação dos direitos do indivíduo, cabendo ao CSNU, órgão competente originário, determinar, caso a caso, se a situação em análise se enquadra em tal denominação.

118 International Commission on Intervention and State Sovereignty. *The Responsibility to Protect*. p. 34, dez. 2001. Disponível em: <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2018.

119 Nesse sentido: MELLO, Celso D. De Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 473. v. 1

4.1.2. A intenção correta

A intenção da intervenção deve ser a cessão dos atos que ameaçam a paz e segurança internacionais, pondo fim ao sofrimento humano. Em outras palavras: a intenção correta é aquela que tem um fim humanitário. No entanto, a Carta faculta que o termo *ameaça à paz* seja aquilo que o Conselho julgar, sem que haja limites impostos à atuação do órgão em tais casos.¹²⁰ Esse requisito está ligado também ao respeito pela imparcialidade¹²¹, de modo que a operação não pode se posicionar a favor ou contra eventuais reivindicações ou posições das partes no conflito, tendo como único objetivo a cessão da grave violação aos direitos dos indivíduos.¹²²

A Comissão reconhece que as intervenções de caráter puramente humanitário dificilmente acontecem, mesmo aquelas autorizadas pelo Conselho, diante do “[...] custo orçamentário e risco para o pessoal envolvido em qualquer ação militar podem tornar politicamente indispensável que o Estado interventor tenha condições de alegar alguma forma de interesse na intervenção, não importando quão altruísta o motivo principal seja”.¹²³ (Tradução nossa). O interesse pode estar, inclusive, ligado à preocupação de evitar uma crise de refugiados, ou alguma outra razão que, mesmo não tendo fundamentação altruísta, não desconfigura o caráter humanitário da intervenção.¹²⁴

120 Nesse sentido: FRANÇA, Paulo Roberto Caminha de Castilhos. *A Guerra do Kosovo, a OTAN e o Conceito de “Intervenção Humanitária”*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2004. p. 150.

121 O Brahimi Report trouxe recomendações acerca da diferenciação do princípio da neutralidade ao da imparcialidade. A ONU não deve ser neutra, no sentido de se omitir, mas sim imparcial, o que significa tão somente não favorecer a nenhuma das partes. ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança. *A/55/305-S/2000/809*. 21 ago. 2000. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/55/305>. Acesso em: 27 abr. 2018.

122 PINTO, Maria do Céu. *As Nações Unidas e a Manutenção da Paz: e as actividades de peacekeeping doutras organizações internacionais*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 137.

123 “[...] the budgetary cost and risk to personnel involved in any military action may in fact make it politically imperative for the intervening state to be able to claim some degree of self-interest in the intervention, however altruistic its primary motive might actually be.” International Commission on Intervention and State Sovereignty. *The Responsibility to Protect*. p. 36, dez. 2001. Disponível em: <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2018.

124 International Commission on Intervention and State Sovereignty. *The Responsibility to Protect*. p. 36, dez. 2001. Disponível em: <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2018.

Nesse sentido, Michael Walzer argumenta que não se pode contar com a vontade pura dos agentes políticos, não devendo as intervenções dependerem de uma pureza moral para ser justa. Defende a possibilidade da intervenção unilateral, expondo que, mesmo que as razões da intervenção não sejam totalmente altruístas, esta estará revestida de legitimidade quando também estiver presente o argumento humanitário, ou seja, quando as violações de direitos humanos sejam tão graves que choquem a consciência moral da humanidade, gerando um direito de intervenção.¹²⁵

Como meio de satisfazer o critério da intenção correta, o relatório apresenta algumas soluções: (i) que a intervenção militar sempre seja coletiva ou multilateral, ao invés de ser conduzida por apenas um país; (ii) analisar até que ponto (e se) a intervenção é apoiada pelos cidadãos que supostamente se beneficiaram desta; (iii) até que ponto a opinião de outros países da região afetada apoiam a intervenção.¹²⁶ No entanto não traz solução para como seria averiguada a vontade da população vítima.¹²⁷

Ainda, para países que apenas levam em consideração o seu melhor interesse, a Comissão explicitou:

[...]a melhor resposta curta deve ser que, hoje em dia, boa cidadania internacional é uma questão de interesse nacional. Com o mundo tão perto e interdependente como é agora, e com crises “em países distantes do qual sabemos pouco” tão capazes como são agora de gerar grandes problemas em outras localidades (com crises de refugiados, pandemias de saúde, terrorismo, tráfico de narcóticos, crime organizado e semelhantes), é altamente discutível que está no melhor interesse de todos os países cooperar para a resolução de tais problemas, além do imperativo humanitário de fazê-lo.¹²⁸ (Tradução nossa).

125 WALZER, Michael. *Guerras Justas e Injustas: uma argumentação moral com exemplos históricos*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. XVI-XVII.

126 International Commission on Intervention and State Sovereignty. *The Responsibility to Protect*. p. 36, dez. 2001. Disponível em: <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2018.

127 Para uma análise detalhada acerca do monitoramento dos tratados de direitos humanos, ver: The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

128 “[...] the best short answer may be that, these days, good international citizenship is a matter of national self-interest. With the world as close and interdependent as it now is, and with crises in “faraway countries of which we know little” as capable as they now are of generating major problems elsewhere (with refugee outflows, health pandemics, terrorism, narcotics trafficking, organized crime and the like), it is strongly arguable that it is in every country’s inter-

Ressalta-se que, em conjunto com o objetivo imediato da intervenção, a força interventora deve ter um propósito em longo prazo para o conflito, uma vez que o objetivo final será sempre a consolidação da paz. No entanto, uma vez cessado o caráter de urgência da intervenção, estando controlada a situação, deve-se cessar o uso da força, evoluindo-se para outros meios de manutenção da paz alcançada.¹²⁹

4.1.3. O último recurso

Ainda, para ser legítima, a intervenção deve ser o último recurso possível dentre os disponíveis pelo CSNU. Assim, antes da imposição da paz (*peace enforcement* ou responsabilidade de reagir, como denominada pelo relatório)¹³⁰, por meio da intervenção humanitária, devem ser esgotadas as ações de *peacemaking* e *peacekeeping*, que constituem a responsabilidade de prevenir.¹³¹

O *peacemaking* (restabelecimento da paz) “[...]é a ação para trazer partes hostis a um acordo, essencialmente através de meios pacíficos como aqueles previstos no Capítulo VI da Carta das Nações Unidas”.¹³² (Tradução nossa).

Já o *Peacekeeping* (manutenção da paz) é:

[...] o desenvolvimento da presença das Nações Unidas no campo, com o consentimento das partes envolvidas, normalmente envolvendo unidades militares e/ou policiais das Nações Unidas e frequentemente civis também. *Peacekeeping* é uma técnica que expande as possibilidades tanto para

est to contribute cooperatively to the resolution of such problems, quite apart from the humanitarian imperative to do so.” International Commission on Intervention and State Sovereignty. *The Responsibility to Protect*. p. 36, dez. 2001. Disponível em: <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2018.

129 O DEBATE conceitual sobre intervenção humanitária. p. 75. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/10564/10564_4.PDF. Acesso em: 3 maio 2018.

130 International Commission on Intervention and State Sovereignty. *The Responsibility to Protect*. p. 36, dez. 2001. Disponível em: <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2018.

131 International Commission on Intervention and State Sovereignty. *The Responsibility to Protect*. p. 19-23, dez. 2001. Disponível em: <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2018.

132 “[...]is action to bring hostile parties to agreement, essentially through such peaceful means as those foreseen in Chapter VI of the Charter of the United Nations.” ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Documentos da ONU reunindo um conjunto de acordos globais. *Uma Agenda para a Paz*. São Francisco, 17 jun. 1992. Disponível em: <http://www.un-documents.net/a47-277.htm>. Acesso em: 22 nov. 2017.

prevenção do conflito, como para a criação da paz.¹³³ (Tradução nossa).

A grande diferença entre o *peacekeeping* e o *peace enforcement*, é que no *peacekeeping* se tem a imposição de “[...]forças neutras e ligeiramente armadas na sequência da cessação das hostilidades, com a permissão do Estado em cujo território essas forças serão estacionadas [...]”¹³⁴, enquanto no *peace enforcement*, a ausência de consentimento, em contexto de Estados em anarquia, conforme trazido por Annan, pode ser “nem certo, nem errado”, mas “pura e simplesmente, irrelevante”.¹³⁵

Não obstante tal colocação, o relatório traz uma exceção ao requisito, afirmando que em casos em que não há tempo para o processo legal de autorização/determinação da intervenção, caracteriza-se uma exceção a tal pressuposto, desde que haja base para que se acredite que, mesmo que tivessem sido executadas, as medidas pacíficas não seriam suficientes para cessar a grave violação de direitos humanos.¹³⁶

Wheeler, também nesse sentido, relaciona o requisito da *última medida* ao Princípio da Necessidade, de modo que afirma que, em casos em que a demora resultaria em dano irreparável, não é necessário que a intervenção seja a última alternativa. O autor defende a necessidade de que haja clara evidência de um massacre iminente, não sendo, no entanto, necessária a espera da ocorrência de tal massacre.¹³⁷

133 “Peace-keeping is the deployment of a United Nations presence in the field, hitherto with the consent of all the parties concerned, normally involving United Nations military and/or police personnel and frequently civilians as well. Peace-keeping is a technique that expands the possibilities for both the prevention of conflict and the making of peace” ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Documentos da ONU reunindo um conjunto de acordos globais. *Uma Agenda para a Paz*. São Francisco, 17 jun. 1992. Disponível em: <http://www.un-documents.net/a47-277.htm>. Acesso em: 22 nov. 2017.

134 PINTO, Maria do Céu. *As Nações Unidas e a Manutenção da Paz*: e as actividades de *peacekeeping* doutras organizações internacionais. Coimbra: Almedina, 2007, p. 62.

135 ANNAN, Kofi A. “Challenges of the New Peacekeeping”. In: OLARA A.; OTUNNU; DOYLE, Michael W. (ed.). *Peacemaking and Peacekeeping for the New Century*. Lanham: Rowman & Littlefield, 1998. p. 172. Disponível em: http://www.ipris.org/files/28/07Pin28_PintoS.pdf. Acesso em: 9 maio 2018.

136 International Commission on Intervention and State Sovereignty. *The Responsibility to Protect*. p. 36, dez. 2001. Disponível em: <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2018.

137 WHEELER, Nicholas J. *Saving Strangers: Humanitarian Intervention in International Society*. OUP Oxford, 7 de set de 2000. p. 34-5. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=AYQLyuN4_twC&printsec=frontcover&hl=pt-

Ressalta-se que, mesmo que a intervenção militar ocorra de forma eficaz (fazendo cessar as violações), devem continuar a ocorrer ações que buscam a manutenção da paz alcançada. Por essa razão, o objetivo principal será sempre a consolidação da paz, ou seja, busca-se uma paz contínua e duradoura,¹³⁸ estando abrangida a chamada *responsabilidade de reconstruir*.¹³⁹

Assim, o Conselho de Segurança deve determinar, primeiramente, as medidas previstas no Capítulo VI da Carta, conhecidas como medidas de manutenção da paz; para, posteriormente, apenas caso se mostre necessário, fazer valer as medidas previstas no Capítulo VII, devendo a intervenção humanitária (art. 42) ser a última alternativa viável. Ou seja, deve fazer valer de todos os meios disponíveis, como esforços diplomáticos e sanções econômicas, antes de praticar a intervenção.

Ressalta-se que todas as medidas devem ser utilizadas de forma proporcional e visando o fim humanitário da ação, ou seja, as próprias medidas não podem

causar mais danos do que benefícios. Nesse sentido, ao impor, por exemplo, sanções econômicas, o Conselho deve fazê-lo por um tempo determinado, que não se estenda o suficiente para causar danos prolongados à população.¹⁴⁰

Contudo, conforme determinado pelo relatório, ou mesmo pelo texto literal do art. 42 da Carta, que autoriza a intervenção quando o “[...]Conselho de Segurança considerar que as medidas previstas no Artigo 41 *seriam* ou demonstraram que são inadequadas[...]”,¹⁴¹ há situações que são tão graves e urgentes que justificam o uso da força imediato.¹⁴² A não determinação da intervenção humanitária em tais casos apenas prolongaria o contínuo sofrimento da população-alvo, o que pode, inclusive, levar ao seu extermínio.¹⁴³

Em síntese, o requisito do último recurso quer dizer que devem ser tentadas todas as vias diplomáticas e não militares antes que o recurso da intervenção humanitária seja explorado, admitindo-se uma exceção: os casos em que há evidência suficiente da urgência da medida ou da inaptidão de outras medidas que não o uso da força.

4.1.4. Os meios proporcionais

O critério da proporcionalidade reflete a preocupação com os efeitos da intervenção, uma vez que esta não pode trazer males maiores do que os que visa cessar, devendo ser valorada para a legitimidade da intervenção os métodos utilizados para executá-la, de modo a alcançar o objetivo humanitário da intervenção, produzindo um bem maior do que o mal causado pela operação às partes afetadas.¹⁴⁴

Deve existir uma proporcionalidade entre os direitos violados como consequência do uso da força para ga-

BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 2 abr. 2018.

138 Nesse sentido, o preâmbulo da Carta das Nações Unidas consagra: «NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla. E para tais fins praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos. **Resolvemos conjugar nossos esforços para a consecução desses objetivos.**” BRASIL. *Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945*. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 15 nov. 2017.

139 É o chamado *peacebuilding* (construção da paz), que busca “[...] evitar o reaparecimento de conflitos armados, mediante o apoio à construção e consolidação de sectores considerados cruciais para a estabilização de sociedades afectadas por conflitos”, objetivando, em suma, identificar as causas dos conflitos, identificando meios para a resolução dos desacordos, a fim de, além de um mero cessar-fogo, construir e manter a paz. Em: PINTO, Maria do Céu. *As Nações Unidas e a Manutenção da Paz*; e as actividades de peacekeeping doutras organizações internacionais. Coimbra: Almedina, 2007. p. 9.

140 BETTATI, Mario. *O Direito de Ingerência*. mutação da ordem internacional. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 146.

141 Art. 42 da Carta.

142 International Commission on Intervention and State Sovereignty. *The Responsibility to Protect*. p. 34-5, dez. 2001. Disponível em: <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2018.

143 O DEBATE conceitual sobre intervenção humanitária. p. 77. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/10564/10564_4.PDF. Acesso em: 3 maio 2018.

144 International Commission on Intervention and State Sovereignty. *The Responsibility to Protect*. p. 37, dez. 2001. Disponível em: <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2018.

rantir os direitos humanos de determinada população e aqueles que de fato resultam assegurados pelo emprego de tal meio.¹⁴⁵

Os objetivos da intervenção devem estar bem esclarecidos para que os meios utilizados sejam apenas o necessário para cumpri-los. A força pode ser utilizada desde que sem excesso e na medida do necessário, devendo sempre serem obedecidas as regras de Direito Internacional Humanitário, estrutura normativa que estipula os direitos e deveres em conflitos armados.¹⁴⁶ Ainda, a intervenção deve cessar quando o objetivo desta for alcançado. Sua continuidade, após cessadas ou controladas as razões que lhe deram causa, tornam-na ilegítima.¹⁴⁷

4.1.5. Razoáveis chances de sucesso

O relatório trouxe, ainda, requisito extremamente realista para validade da intervenção: o da necessidade a existência de fortes indícios de que a intervenção alcançará seu objetivo.¹⁴⁸

A intervenção somente será possível se houver indícios de sucesso e se a garantia do seu sucesso não depender de ações mais prejudiciais do que as que já estão sendo causadas. Ou seja, a intervenção não pode ser mais prejudicial do que a não intervenção.¹⁴⁹

A Comissão reconhece que esse requisito impossibilita, provavelmente, a intervenção contra grandes potências, no entanto, ressalta que há outros meios de pressionar essas, referindo-se às demais sanções previstas no Capítulo VII, que não a intervenção.¹⁵⁰

145 SPIELER, Paula. A indeterminação do conceito de intervenção humanitária. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 31 p. 9, jul./dez. 2007. Disponível em: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/265/240>. Acesso em: 12 jan. 2018.

146 JUBILUT, Líliliana Lyra. *Não Intervenção e Legitimidade Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 152.

147 International Commission on Intervention and State Sovereignty. *The Responsibility to Protect*. p. 37, dez. 2001. Disponível em: <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2018.

148 International Commission on Intervention and State Sovereignty. *The Responsibility to Protect*. p. 37, dez. 2001. Disponível em: <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2018.

149 International Commission on Intervention and State Sovereignty. *The Responsibility to Protect*. p. 37, dez. 2001. Disponível em: <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2018.

150 International Commission on Intervention and State Sovereignty. *The Responsibility to Protect*. p. 37, dez. 2001. Disponível em:

Apesar de ser um critério realista, entendemos que não é um requisito que legitime ou deixe de legitimar a intervenção. Isso porque o fato de a intervenção ser mais prejudicial que as próprias violações está relacionado aos meios proporcionais, e não às razoáveis chances de sucesso. Ainda, no que diz respeito à impossibilidade de intervenção em grandes potências, se assim o fosse, por esse critério, não seria permissível a intervenção na Alemanha nazista de Hitler.¹⁵¹

Ressaltamos que o Conselho de Segurança pode, em acordo com o artigo 43 da Carta, solicitar dos membros forças armadas. Não se pode imaginar uma potência que será mais forte quando frente às forças armadas formadas por diversos Estados, a questão é a existência de cooperação entre os membros.

Não entendemos, portanto, que o fato de uma potência ser mais poderosa pode ser critério para impossibilidade da intervenção quando frente a reais atrocidades. Em casos de tamanhas violações, como aquelas ocasionadas pela Alemanha de Hitler, todos os demais Estados devem se unir para interromper tal situação, o que demonstraria a existência de uma verdadeira comunidade internacional.

4.1.6. Autoridade competente

A Comissão estabeleceu o Conselho de Segurança como autoridade competente para autorizar/determinar a intervenção, uma vez que este é o órgão dentro das Nações Unidas que tem responsabilidade primária na manutenção da paz e segurança internacionais, sendo a exceção ao Princípio da Não Intervenção e do Não Uso da Força. Nesse sentido é afirmado:

O mundo já tem uma organização diplomática e militar permanente com a capacidade (ainda que nem sempre a vontade) de lidar com todas as questões relativas à paz, segurança e problemas relacionados à proteção humana: nós a chamamos de Nações Unidas.¹⁵² (Tradução nossa).

<http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2018.

151 Nesse sentido: BIERRENBACH, Ana Maria. *O Conceito de Responsabilidade de Proteger e o Direito Internacional Humanitário*. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2011. p. 137.

152 “The world already has in place a standing military and diplomatic organization with the capacity (if not always the will) to deal with the whole spectrum of peace, security and human protection issues: we call it the United Nations.” Em: International Commission on Intervention and State Sovereignty. *The Responsibility to Protect*. p. 37, dez. 2001. Disponível em: <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>.

As situações que possam caracterizar tamanha violação de direitos humanos que venha a ser determinada a intervenção, podem ser apresentadas ao Conselho por iniciativa dos Estados interessados, pelos próprios membros do Conselho ou pelo Secretário-Geral, conforme dispõe o art. 99.¹⁵³

Apesar de o Conselho ter a responsabilidade primária na manutenção da paz, o relatório reconhece que essa responsabilidade não é exclusiva. O art. 10 da Carta¹⁵⁴ dá à Assembleia Geral a responsabilidade secundária referente à manutenção da paz e segurança internacional (em casos de paralização do CSNU), ainda que apenas para fazer recomendações, uma vez que não tem o poder de tomar decisões vinculativas (como é o caso do CSNU).¹⁵⁵ Além disso, poderá, diante da paralização do Conselho, autorizar o uso da força em sessão especial de emergência sob o procedimento *Uniting for Peace*.¹⁵⁶

org/ICISS%20Report.pdf. Acesso em: 8 fev. 2018.

153 “**Artigo 99.** O Secretário-Geral poderá chamar a atenção do Conselho de Segurança para qualquer assunto que em sua opinião possa ameaçar a manutenção da paz e da segurança internacionais.” BRASIL. *Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945*. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 27 fev. 2018.

154 “**Artigo 10.** A Assembleia Geral poderá discutir quaisquer questões ou assuntos que estiverem dentro das finalidades da presente Carta ou que se relacionarem com as atribuições e funções de qualquer dos órgãos nela previstos e, com exceção do estipulado no Artigo 12, poderá fazer recomendações aos Membros das Nações Unidas ou ao Conselho de Segurança ou a este e àqueles, conjuntamente, com referência a **qualquer daquelas questões ou assuntos.**” BRASIL. *Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945*. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 27 fev. 2018.

155 International Commission on Intervention and State Sovereignty. *The Responsibility to Protect*. p. 37, dez. 2001. Disponível em: <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2018.

156 A resolução 377 da Assembleia Geral, denominada *Uniting for Peace* trouxe como principal inovação que, em caso de omissão do Conselho por falta de unanimidade entre seus membros, a Assembleia-Geral consideraria os assuntos, podendo fazer recomendações aos Estados-membros para medidas coletivas, inclusive sobre assuntos referentes ao uso da força. ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 377*. Disponível em: [http://www.un.org/en/sc/repertoire/otherdocs/GAres377A\(v\).pdf](http://www.un.org/en/sc/repertoire/otherdocs/GAres377A(v).pdf). Acesso em: 17 abr. 2018.

Outra solução trazida pela Comissão no caso de omissão do CSNU, decorrente da falta de unanimidade entre seus membros, é a possibilidade de ação por organizações regionais ou sub-regionais dentro da área de jurisdição, em conformidade com o Capítulo VIII da Carta, desde que sujeitas à autorização subsequente do Conselho de Segurança. No entanto, alerta:

O Conselho de Segurança deverá levar em consideração em todas as deliberações que, se falhar em exercer sua responsabilidade de proteger em situações que chocam a consciência que clamam atenção, Estados interessados podem não desconsiderar outros meios de alcançar a gravidade e urgência da situação – e a reputação e credibilidade das Nações Unidas pode sofrer por isso.¹⁵⁷ (Tradução nossa).

Assim, a Comissão acabou por se pronunciar a respeito de uma situação muito controversa na doutrina, qual seja, a possibilidade da intervenção unilateral, em casos de omissão do CSNU diante de situações que caracterizam uma justa causa, ou seja, conforme denominadas no relatório: situações que chocam a consciência da humanidade.

Esse também o posicionamento de Michael Walzer, que afirma que tanto intervenções unilaterais quanto coletivas podem estar revestidas de vontades impuras – que não tem por único objetivo a cessão das atrocidades — e que confiar num único agente global para a proteção de direitos fundamentais, acarreta em desvantagens óbvias.¹⁵⁸

Dessa forma, o autor expõe que, apesar de a intervenção unilateral ser proibida pelo paradigma legalista, estas são legítimas quando caracterizados crimes contra a humanidade (conforme Código de Nuremberg).¹⁵⁹ Assim conclui:

Qualquer Estado capaz de impedir a carnificina tem

157 “The Security Council should take into account in all its deliberations that, if it fails to discharge its responsibility to protect in conscience-shocking situations crying out for action, concerned states may not rule out other means to meet the gravity and urgency of that situation – and that the stature and credibility of the United Nations may suffer thereby.” International Commission on Intervention and State Sovereignty. *The Responsibility to Protect*. p.XIII, dez. 2001. Disponível em: <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2018.

158 WALZER, Michael. *Guerras Justas e Injustas*: uma argumentação moral com exemplos históricos. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. XVI-XVIII.

159 WALZER, Michael. *Guerras Justas e Injustas*: uma argumentação moral com exemplos históricos. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 181-2.

o direito, no mínimo, de tentar reagir. O paradigma legalista de fato exclui esforços dessa natureza, mas isso apenas sugere que o paradigma, sem revisões, não tem como dar conta das realidades morais da intervenção militar.¹⁶⁰

A Comissão, no que se refere à atuação de organizações regionais e sub-regionais com amparo no Capítulo VIII, aceita que a autorização do Conselho seja subsequente à intervenção.¹⁶¹

Percebe-se que as intervenções unilaterais não são ideais, uma vez que dão azo à utilização da força fora das situações determinadas na Carta. Não obstante, devemos reconhecer que muitas vezes o Conselho torna-se omissivo diante do poder de veto. A ação unilateral acaba sendo o resultado da ineficiência do sistema de segurança coletiva da ONU. Conclui-se, portanto, segundo o Relatório da ICISS, que o Conselho de Segurança tem competência primária para autorizar a intervenção, mas não exclusiva. Em caso de ações unilaterais, estas poderão ser legalizadas com a posterior autorização do Conselho.¹⁶²

O cumprimento dos critérios acima apresentados pela ICISS, conforme ressaltado pelo próprio relatório, não eliminam as possibilidades de eventuais abusos, ainda sendo necessária a evolução, principalmente no sentido de controle de legalidade das ações do Conselho. Além disso, ressalta-se que, apesar de não serem critérios objetivos impostos ao órgão para determinação da intervenção, é um grande avanço nos debates da comunidade internacional quanto a medida.

Assim, a partir de maiores debates entre os Estados-membros, que são os possibilitadores da intervenção (uma vez que a ONU não possui forças armadas próprias), cria-se maior consciência a respeito do uso da força e da necessidade do uso desta apenas em situações extremas, devendo os próprios Estados agirem como um controle de legalidade do Conselho de Segurança, a fim de que as medidas tomadas por este estejam revestidas de legitimidade.

160 WALZER, Michael. *Guerras Justas e Injustas*: uma argumentação moral com exemplos históricos. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 184.

161 International Commission on Intervention and State Sovereignty. *The Responsibility to Protect*. p. 37, dez. 2001. Disponível em: <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2018.

162 Nesse sentido: WALZER, Michael. *Guerras Justas e Injustas*: uma argumentação moral com exemplos históricos. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Além das importantes inovações trazidas pela Comissão, o Brasil apresentou em 2012 um novo conceito para o avanço da responsabilidade de proteger: a responsabilidade ao proteger (ou *responsability while protecting*, RWP, sigla em inglês).

4.2. A Responsabilidade ao Proteger

Em setembro de 2011, a então presidente, Dilma Rousseff, apresentou um discurso à Assembleia Geral da ONU no qual apresentou um novo conceito relacionado ao uso da força pelas Nações Unidas: a responsabilidade ao proteger. Além da responsabilidade de proteger, o conceito inclui a necessidade de conscientização quanto às consequências e meios da intervenção, ressaltando a necessidade de proteção aos civis frente as possíveis consequências negativas da medida.¹⁶³

Após a apresentação do discurso, a diplomacia brasileira, representada pela embaixadora do Brasil na ONU, Maria Luiza Ribeiro Viotti, apresentou uma nota conceitual com os elementos para o desenvolvimento e promoção do conceito *responsabilidade ao proteger*. Neste, frisa que, mesmo quando revestida de justiça, legalidade e legitimidade, a intervenção tem altos custos materiais e humanos, sendo imperativo a procura e exaustão de todos os meios pacíficos para resolução dos litígios antes do uso da força. Assim, ressalta a necessidade de evolução e aplicação de ambos os conceitos, devendo seguir princípios, parâmetros e procedimentos fundamentais, que elenca:

- (a) [...] prevenção é sempre a melhor política [...];
- (b) a comunidade internacional deve ser rigorosa nos seus esforços de exaurir todos os meios pacíficos disponíveis na proteção de civis ameaçados de violência, de acordo com os princípios e propósitos da Carta das Nações Unidas [...];
- (c) o uso da força incluindo no exercício da responsabilidade de proteger, deve ser sempre autorizado pelo Conselho de Segurança, de acordo com o Capítulo VII da Carta, ou, em circunstâncias excepcionais, pela Assembleia Geral, de acordo com a Resolução 377;

163 BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Pronunciamento do Ministro das Relações Exteriores, Antonio de Aguiar Patriota, em debate sobre responsabilidade ao proteger na ONU*. Nova York, 21 de fevereiro de 2012. 22 fev. 2012. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/8653-pronunciamento-do-ministro-das-relacoes-exteriores-antonio-de-aguiar-patriota-em-debate-sobre-responsabilidade-ao-protetger-na-onu-nova-york-21-de-fevereiro-de-2012>. Acesso em: 3 maio 2018.

(d) a autorização do uso da força deve ser limitada pelos seus elementos legais, operacionais e temporais e o escopo da ação militar deve [...] seguir estritamente em conformidade com as leis internacionais, em particular a lei internacional humanitária e a lei internacional de conflito armado;

(e) o uso da força deve produzir o mínimo de violência e instabilidade quanto possível. Sob quaisquer circunstâncias pode ele gerar mais mal do que foi autorizado a prevenir;

(f) caso o uso da força seja contemplado, a ação deve ser sensata, proporcional e limitada aos objetivos estabelecidos pelo Conselho de Segurança;

(g) essas diretrizes devem ser observadas durante todo período da autorização, desde a adoção da resolução até a suspensão da autorização por uma nova resolução;

(h) melhores procedimentos do Conselho de Segurança são necessários para monitorar e avaliar a maneira em que as resoluções são interpretadas e implementadas para garantir a responsabilidade ao proteger;

(i) o Conselho de Segurança deve garantir a responsabilidade daqueles a quem a autoridade é concedida para recorrer à força.¹⁶⁴ (Tradução nossa).

Na verdade, a responsabilidade ao proteger reforça muitos dos requisitos que já haviam sido apresentados

164 “(a) [...] prevention is always the best policy [...]; (b) The international community must be rigorous in its efforts to exhaust all peaceful means available in the protection of civilians under threat of violence, in line with the principles and purposes of the Charter [...]; (c) The use of force, including in the exercise of the responsibility to protect, must always be authorized by the Security Council, in accordance with Chapter VII of the Charter, or, in exceptional circumstances, by the General Assembly, in line with its resolution 377; (d) The authorization for the use of force must be limited in its legal, operational and temporal elements and the scope of military action must abide by the letter and the spirit of the mandate conferred by the Security Council or the General Assembly, and be carried out in strict conformity with international law, in particular international humanitarian law and the international law of armed conflict; (e) The use of force must produce as little violence and instability as possible and under no circumstance can it generate more harm than it was authorized to prevent; (f) In the event that the use of force is contemplated, action must be judicious, proportionate and limited to the objectives established by the Security Council; (g) These guidelines must be observed throughout the entire length of the authorization, from the adoption of the resolution to the suspension of the authorization by a new resolution; (h) Enhanced Security Council procedures are needed to monitor and assess the manner in which resolutions are interpreted and implemented to ensure responsibility while protecting; (i) The Security Council must ensure the accountability of those to whom authority is granted to resort to force.” ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança. *A/66/551-S/2011/701*. 11 nov. 2011. Disponível em: http://www.globalr2p.org/media/files/concept-paper_rwp.pdf. Acesso em: 25 abr. 2018.

no relatório da ICISS, ressaltamos, nesse sentido, que a Comissão apresentou seis princípios operacionais a serem seguidos nas intervenções, além da responsabilidade de reconstruir. No entanto, traz grande divergência: a impossibilidade do uso da força caso as demais medidas não tenham sido adotadas e falhado, sendo, portanto, um conceito mais limitador da intervenção.

O novo conceito apresentado pelo Brasil traz importante observação que não foi objeto de análise anteriormente: a necessidade de controle pelo Conselho de Segurança da intervenção, a fim de garantir a ausência de abusos no decorrer da intervenção, bem como a fim de poder averiguar o momento em que a medida já não se faz mais necessária.

Assim, percebe-se que a análise da legitimidade não se esgota no momento de autorização da intervenção pelo CSNU, podendo ocorrer apenas quando finda a ação, uma vez que uma intervenção inicialmente legítima, pode se tornar ilegítima quando emprega o uso da força além do necessário, ou quando acaba causando mais males do que caso a intervenção não tivesse ocorrido.¹⁶⁵

Apesar de ainda não haver consenso na comunidade internacional sobre o tema, é irrefutável que, quanto mais debates, maiores serão as chances de evolução da intervenção, a fim de alcançar conceitos objetivos que legitimam a ação, limitando a discricionariedade do Conselho de Segurança nas decisões e alcançando maior cooperação internacional para o alcance e manutenção da paz.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo se concentrou na análise da legalidade e legitimidade da intervenção militar humanitária, objetivando analisar quando será possível afirmar que uma intervenção foi legal e legítima, colocando a possibilidade da intervenção frente aos princípios norteadores do Direito Internacional e elencando, a partir da análise do atual principal documento internacional sobre o assunto — o relatório da ICISS intitulado *A Responsabilidade de Proteger* —, quais são os critérios para

165 Nesse sentido: International Commission on Intervention and State Sovereignty. *The Responsibility to Protect*. p. 37, dez. 2001. Disponível em: <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2018.

a legitimidade de uma intervenção.

A legalidade da intervenção humanitária traz grandes debates para os pesquisadores da matéria, uma vez que acaba por ser uma exceção a três dos princípios norteadores do Direito Internacional: o princípio da soberania, do não uso da força e da não intervenção.

Não obstante a posição defendida por alguns doutrinadores, a posição majoritariamente aceita, conforme exposto, é a do intervencionismo limitado, que aceita a ocorrência da intervenção em situações de extrema violação dos direitos humanos, que ferem a consciência moral da humanidade, ou seja, situações de violação das normas *jus cogens* em alta escala.

Constatamos que tais violações constituem uma ameaça à paz e à segurança internacionais, havendo um dever moral e direito legal, sob o amparo do art. 42 da Carta das Nações Unidas, da comunidade internacional de intervir. Tal dever recai sobre os ombros do Conselho de Segurança das Nações Unidas, uma vez que é ele o órgão guardião da segurança coletiva, tendo monopólio para autorizar/determinar as medidas coercitivas, representando os Estados-membros. Em segundo plano, nos casos de paralisação do CSNU devido à ameaça do uso do veto, a Assembleia Geral da ONU pode fazer recomendações aos assuntos referentes à proteção da paz e segurança internacionais, não tendo, no entanto, a força vinculante de uma decisão do Conselho. O relatório também admitiu a possibilidade da ação por organizações regionais ou sub-regionais dentro de sua área de jurisdição, em conformidade com o Capítulo VIII da Carta, apenas nos casos de total omissão do CSNU, estando a ação, no entanto, sujeita a posterior autorização do Conselho, o que caracterizaria uma legalidade *a posteriori*.

Foram, portanto, estas as formas que uma intervenção poderá ser autorizada/determinada e ser considerada legal: quando autorizadas ou determinadas pelo Conselho de Segurança. A autorização poderá ser posterior à intervenção face à inicial omissão do CSNU, e quando recomendada pela Assembleia Geral, frente à total omissão do CSNU.

A utilização da força para a proteção de civis — que caracteriza uma intervenção humanitária — não pode ser tratada com banalidade, deixando a bel prazer dos Estados membros permanentes do Conselho de Segurança — uma vez que suas decisões não estão, efetivamente, sujeitas a qualquer controle de legalidade/legiti-

midade — a discricionariedade acerca de quais situações de desastre humanitário merecem a ajuda internacional, e quais não merecem. Devem existir critérios que norteiem as decisões do órgão, a fim de haver um padrão nas decisões.

Diante dessa problemática, a Comissão Internacional sobre Intervenção e Soberania dos Estados desenvolveu o relatório *A Responsabilidade de Proteger*, trazendo critérios que, embora aparentemente objetivos, na realidade ainda estão sujeitos a diferentes interpretações, de modo que não tirou das mãos do CSNU a discricionariedade do órgão, apenas tendo apresentado elementos a fim de nortear suas decisões. O relatório foi aprovado pela ONU em 2005, mostrando sua relevância para a comunidade internacional.

O documento trouxe seis critérios para que o Conselho de Segurança possa autorizar uma intervenção humanitária, bem como seis princípios operacionais a serem seguidos, ou seja, não limitou a análise da legitimidade da intervenção ao momento de autorização/determinação desta por parte do CSNU, expandido a análise a três momentos que se referem à motivação da autorização, aos meios utilizados e ao prolongamento da intervenção.

Além do documento acima mencionado, analisamos a proposta apresentada pelo governo brasileiro a respeito da responsabilidade *ao proteger*, que limitou ainda mais a possibilidade da intervenção e deu ênfase às medidas de prevenção que devem ser tomadas pela comunidade internacional, a fim de impedir que um conflito internacional, ainda que interestatal, torne-se causador de graves violações de direitos humanos. Apesar de a discussão sobre o assunto ser de suma importância, uma vez que, conforme já dito, a inexistência de critérios objetivos não impedem a determinação de intervenções e acabam por gerar uma falta de padrão nas decisões, as contribuições feitas pelo governo brasileiro não foram extensivas no sentido de trazer critérios a fim de nortear as decisões do Conselho, tendo apenas reafirmado argumentos já trazidos pelo relatório da ICISS.

Assim, percebe-se que os documentos referidos são de suma importância por trazerem novamente ao centro das discussões as intervenções humanitárias, possibilitando a troca de novas ideias com o intuito de aprimorar o conceito e o que constitui uma intervenção legítima, a fim de que os critérios, nos quais se baseiam a decisão que determina a intervenção, não sejam discri-

minatórios e não tenham como foco objetivos políticos dos Estados envolvidos, mas tenham, como última e efetiva finalidade, a intenção de salvaguardar os direitos fundamentais do ser humano.

Os direitos humanos mais fundamentais, tidos como normas *jus cogens*, devem estar acima de qualquer noção de impermeabilidade estatal, uma vez que são obrigações do Estado o respeito e a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos que estão dentro de suas fronteiras. A grave violação de tais direitos *deve* provocar a ação do Conselho de Segurança, uma vez que é órgão reconhecido pela maioria dos Países como protetor da paz e segurança internacional, sendo sua a responsabilidade secundária (a responsabilidade primária é do próprio Estado) de defesa de tais conceitos, o que abrange, conforme demonstrado pelas resoluções precedentes do órgão, a defesa dos direitos humanos básicos dos indivíduos, quando violados em alta escala.

Em segundo plano, reconhecemos a possibilidade de o CSNU se ver incapacitado de agir pela ameaça do veto —por tal razão, defendemos a necessidade da reforma do órgão, a fim de garantir maior representatividade dos membros; ou, ainda, a criação de um novo órgão competente para decidir acerca de questões que envolvam a segurança humana e a proteção dos direitos humanos, composto por juízes independentes, sendo estas duas possíveis soluções para o problema do veto e da imparcialidade — momento no qual é reconhecida a possibilidade de atuação de um Estado independente, atuando não por haver uma existência de um dever legal, mas sim um dever moral de agir, que pode, quando estão presentes razões humanitárias (além dos outros requisitos já mencionados), dispor de legitimidade.

Dessa forma percebemos que ainda não há um consenso internacionalmente quanto ao momento em que uma intervenção será legal, estando a maior divergência ligada à possibilidade das intervenções unilaterais. Atualmente, majoritariamente, afirma-se que a legalidade advém de uma autorização/determinação feita pelo CSNU. Quanto à legitimidade, ainda não se pode afirmar que há critérios objetivos estabelecidos, no entanto, os preceitos elencados pela ICISS no relatório *A Responsabilidade de Proteger* devem ser norteadores das decisões do Conselho, que ainda possui grande discricionariedade quanto ao uso da força por questões humanitárias ou que ameacem a paz. Diante disso, mostra-se de extrema importância que os Estados se unam em prol da estabi-

lidade das decisões, buscando evoluir nas questões que envolvem o uso de força, de modo a garantir um efetivo sistema democrático, que busque garantir a segurança humana de maneira imparcial e transparente, tendo sempre em mente o melhor interesse da humanidade.

REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2015. Livro Eletrônico.
- ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo. International Court of Justice, 22 jul. 2010. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/141/16010.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2017.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *O Direito de Assistência Humanitária*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- AMORIM, João Alberto Alves. *A ONU e o Meio Ambiente: Direitos humanos, mudanças climáticas e segurança internacional no século XXI*. São Paulo: Atlas, 2015.
- ANNAN, Kofi A. “Challenges of the New Peacekeeping”. In: OLARA A.; OTUNNU; DOYLE, Michael W. (ed.). *Peacemaking and Peacekeeping for the New Century*. Lanhammd: Rowman & Littlefield, 1998. p. 172. Disponível em: http://www.ipris.org/files/28/07PIn28_PintoS.pdf. Acesso em: 9 maio 2018.
- ANNAN, Kofi A. *Intervenções: uma vida de guerra e paz*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.
- ANNAN, Kofi A. *The Question of Intervention*. New York: United Nations Department of Public Information, 1999.
- ANNAN, Kofi A. Two concepts of sovereignty. *The Economist*. 18 set. 1999. Disponível em: <http://nbksbdb.tamilnet.com/img/publish/2008/01/TwoconceptsofsovereigntyAnnan.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2017.
- ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização: lições de filosofia do direito e do estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- ARON, Raymond. *Paz e Guerra entre as Nações*. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa

Oficial do Estado de São Paulo, 2002.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança. *A/55/305-S/2000/809*. 21 ago. 2000. Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/55/305. Acesso em: 27 abr. 2018.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança. *A/66/551-S/2011/701*. 11 nov. 2011. Disponível em: http://www.globalr2p.org/media/files/concept-paper_rwp.pdf. Acesso em: 25 abr. 2018.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança. *S/RES/1160 (1998)*. 31 mar. 1998. Disponível em: [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1160\(1998\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1160(1998)). Acesso em: 3 maio 2018.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança. *S/RES/1199 (1998)*. Disponível em: [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1199\(1998\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1199(1998)). Acesso em 3 maio 2018.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em: 20 mar. 2018.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Documentos da ONU reunindo um conjunto de acordos globais. *Uma Agenda para a Paz*. São Francisco, 17 jun. 1992. Disponível em: <http://www.un-documents.net/a47-277.htm>. Acesso em: 22 nov. 2017.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Relatório do Terceiro Comitê A/RES/53/144*. 8 mar. 1999. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Defenders/Declaration/declaration.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Relatório do Terceiro Comitê A/70/163*. 10 fev. 2016. Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/163.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 377*. Disponível em: [http://www.un.org/en/sc/reperoire/otherdocs/GAres377A\(v\).pdf](http://www.un.org/en/sc/reperoire/otherdocs/GAres377A(v).pdf). Acesso em: 17 abr. 2018.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução n 36/103*. Disponível em: <http://www.un.org/>

[es/comun/docs/?symbol=A/RES/36/103](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/36/103). Acesso em: 2 mar. 2018.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolution adopted by the General Assembly on 16 September 2005. *A/RES/60/1*. p. 32, 24 out. 2005. Disponível em: <https://undocs.org/A/RES/60/1>. Acesso em: 20 mar. 2018.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resultado da Cúpula Mundial de 2005 A/RES/60/1*. p. 30, 32, 24 out. 2005. Disponível em: <https://undocs.org/A/RES/60/1>. Acesso em: 20 mar. 2018.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Security Council. *Resolution 794 (1992)*. *S/RES/794 (1992)*. Disponível em: [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/794\(1992\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/794(1992)). Acesso em: 5 mar. 2018.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Security Council. *Resolution 824 (1993)*. *S/RES/824 (1993)*. Disponível em: [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/824\(1993\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/824(1993)). Acesso em: 5 mar. 2018.

BEDJAOUI, Mohammed. President of the International Court of Justice The Hague, p. 24, 9 ago. 1994. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/files/annual-reports/1993-1994-en.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BETTATI, Mario. *O Direito de Ingerência*: mutação da ordem internacional. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

BIERRENBACH, Ana Maria. *O Conceito de Responsabilidade de Proteger e o Direito Internacional Humanitário*. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2011.

BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política. In: MOREIRA, Felipe Kern. *Direito e Legitimidade na Sociedade Internacional*. Boa Vista: Editora da Universidade Federal de Roraima, 2012. p. 60.

BORGES, Leonardo Estrela. *O Direito Internacional Humanitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BRASIL. *Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945*. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 12 abr. 2018.

- BRASIL. *Decreto nº 25.660, de 13 de outubro de 1948*. Mandado executar o Tratado Interamericano de Assistência Recíproca, firmado no Rio de Janeiro, a 2 de setembro de 1947, por ocasião da Conferência Interamericana para a manutenção da paz e da segurança do Continente. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-25660-13-outubro-1948-322840-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 04 mar. 2018.
- BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Pronunciamento do Ministro das Relações Exteriores, Antonio de Aguiar Patriota, em debate sobre responsabilidade ao proteger na ONU – Nova York, 21 de fevereiro de 2012*. 22 fev. 2012. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/8653-pronunciamento-do-ministro-das-relacoes-exteriores-antonio-de-aguiar-patriota-em-debate-sobre-responsabilidade-ao-protoger-na-onu-nova-york-21-de-fevereiro-de-2012>. Acesso em: 3 maio 2018.
- BROWNLIE, Ian. *Memorandum to the Committee on Foreign Affairs*. Disponível em: <https://publications.parliament.uk/pa/cm199900/cmselect/cmfaff/28/28ap03.htm>. Acesso em: 09 de maio de 2018.
- BULL, Hedley. *A Sociedade Anárquica [I]*. Brasília: UnB, 2002. Disponível em: http://funag.gov.br/loja/download/158-Sociedade_Anarquica_A.pdf. Acesso em: 5 mar. 2018.
- CASE Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against. International Court of Justice, Nicaragua, 27 jun. 1986. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2018.
- CASSESE, Antonio. Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e justiça penal internacional? In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais*. São Paulo: Manole, 2004. p. 13.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2015.
- CHESTERMAN, Simon. *Just War or Just Peace?* Oxford: Oxford University Press, 2002. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=DNUPcfTOIJE&pg=PA45&hl=pt-BR&source=gbs_toc_r&cad=4#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 22 jan. 2018.
- CICV. Comitê Internacional da Cruz Vermelha. *Métodos e os meios de Guerra*. Panorama, 29 out. 2010. Disponível em: <https://www.icrc.org/por/war-and-law/conduct-hostilities/methods-means-warfare/overview-methods-and-means-of-warfare.htm>. Acesso em: 2 maio 2018.
- CINELLI, Carlos Frederico. *Direito Internacional Humanitário: ética e legitimidade no uso da força em conflitos armados*. Curitiba: Juruá, 2016.
- COADY, C. A. J. *The Ethics of Armed Humanitarian Intervention*. 2002. p. 10-1. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.197.8523&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em: 11 jan. 2018.
- D'AMATO, Anthony A. *International Law Studies*. 26 fev. 1997. p. 378. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=uNuYKduz_kAC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q=intervention&f=false. Acesso em: 3 mar. 2018.
- DAUDT, Gabriel Pithan. *Reservas aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos: o conflito entre a eficácia e a promoção dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (coord.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 3-24.
- DISSENTING opinion of Judge Weeramantry. Montreal Convention (DISS. OP. WEERAMANTRY). 1971. p. 55, 57. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/88/088-19920414-ORD-01-07-EN.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.
- EDITORIAL Comments: Nato's Kosovo Intervention. *The American Journal of International Law*, v. 92, p. 847. Disponível em: https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/BD11A1D4AF26B1E78EF1A296C1C29B06/S0002930000027433a.pdf/kosovo_world_order_and_the_future_of_international_law.pdf. Acesso em: 10 fev. 2018.
- FALK, Richard A. Kosovo, world order, and the future of international law. *American Journal of International Law*, v. 92, n. 4, p. 847-57, 1999. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of>

- international-law/article/kosovo-world-order-and-the-future-of-international-law/BD11A1D4AF26B1E78E-F1A296C1C29B06. Acesso em: 13 fev. 2018.
- FALK, Richard A. Legality and Legitimacy: the quest for principled flexibility and restraint. *Review of International Studies*, 21 mar. 2006. Disponível em: https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/684FF725D304FB11384E907957BF9995/S0260210505006777a.pdf/legality_and_legitimacy_the_quest_for_principled_flexibility_and_restraint.pdf. Acesso em: 13 fev. 2018.
- FALK, Richard A. The Complexities of Humanitarian Intervention: A New World Order Challenge. *Michigan Journal of International Law*, v. 17, n. 2, 1996. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1498&context=mjil>. Acesso em: 10 jan. 2018.
- FIXDAL, Mona; SMITH, Dan. Humanitarian Intervention and Just War. *Mersbon International Studies Review*, v. 42, n. 2, p. 4, nov. 1998. Disponível em: https://blackboard.angelo.edu/bbcswebdav/institution/LFA/CSS/Course%20Material/SEC6302/Readings/Lesson_4/Fixdal-Smith.pdf. Acesso em: 5 mar. 2018.
- FONSECA JÚNIOR, Gelson. *A Legitimidade e Outras Questões Internacionais*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.
- FRANÇA, Paulo Roberto Caminha de Castilhos. *A Guerra do Kosovo, a OTAN e o Conceito de "Intervenção Humanitária"*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2004.
- GHISLENI, Alexandre Peña. *Direitos Humanos e Segurança Internacional: o tratamento dos temas de Direitos Humanos no Conselho de Segurança das Nações Unidas*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2011. p. 32, 42-4, 74. Disponível em: http://funag.gov.br/loja/download/857-Direitos_Humanos_e_Seguranca_Internacional.pdf. Acesso em: 03 jan. 2018.
- GIANNINI, Renata Avelar. *A Organização das Nações Unidas e o Desafio das Intervenções Humanitárias*. 2008. p. 46. (Mestrado - Programa Interinstitucional PUC-SP/UNESP/UNICAMP). São Paulo, 2008. Disponível em: https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/96286/giannini_ra_me_mar.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 22 dez. 2017.
- GOUVEIA, Jorce Bacelar. *Direito Internacional da Segurança*. Coimbra: Almedina, 2013. Livro eletrônico.
- GROCIO, Hugo. *Del Derecho de La Guerra y de La Paz*. Madrid: Reus, 1925.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Moral*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- HERZ, Monica; HOFFMAN, Andréa; TABAK, Jana. *Organizações Internacionais: história e práticas*. Rio de Janeiro: Elsevier Brasil, 2015. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=QZXpCgAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT3&dq=desenvolvimento+histórico+intervenção+humanitária&ots=kz7p9NuHNe&sig=QL51CHYruKFfxI999wUWwF3pt9E#v=onepage&q=desenvolvimento%20histórico%20intervenção%20humanitária&f=false>. Acesso em: 4 jan. 2018.
- HOLZGREFE, J. H. *Humanitarian Intervention: ethical, legal and political dilemmas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=luPNuThpx6QC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 12 fev. 2018.
- INTERNATIONAL COMMISSION ON INTERVENTION AND STATE SOVEREIGNTY. *The Responsibility to Protect*, p. 8, 13, 17, 19-23, 31-7, 39-44, 48, 51, XII, XIII, dez. 2001. Disponível em: <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2018.
- ITUASSÚ, Oyama Cesar. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- JAMES, Alan. The Peacekeeping Role of the League of Nations. *Internations Peacekeeping*, v. 6, n. 1, 1999.
- JUBILUT, Líliliana Lyra. *Não Intervenção e Legitimidade Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua*. São Paulo: L&PM, 2010.
- KISSINGER, Henry. *Diplomacy*. New York: Simon & Schuster, 1994. p. 247. Disponível em: <https://archive.org/stream/kissingerdiplomacy4/Henry%20Kissinger%20-%20Diplomacy#page/n241/mode/2up/search/247>. Acesso em: 22 fev. 2018.
- KOSSOVO Comission. *The Kosovo Report: Conflict, International Response, Lessons Learned*. 2000. Disponível em: <http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/0199243093.001.0001/acprof-9780199243099>. Acesso em: 13 fev. 2018.

- LATAROLA, Antonio José. Formação histórica do conceito de soberania. In: MIALHE, Jorge Luis (org.). *Direito das Relações Internacionais: Ensaios Históricos e Jurídicos*. São Paulo: Millennium, 2007. p. 86-7.
- LESSA, Antônio Carlos. *Teoria das Relações Internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2006.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MELLO, Celso D. De Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MELLO, Celso D. De Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979.
- MELLO, Celso D. De Albuquerque. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- MELLO, Celso D. De Albuquerque. *Guerra Interna e Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1985.
- MEZZANOTTI, Gabriela. *Direito, Guerra e Terror: Os novos desafios do Direito Internacional pós 11 de setembro*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- MIALHE, Jorge Luis. Considerações sobre a história do direito das relações internacionais: jus in bello, guerra justa e a ONU. In: MIALHE, Jorge Luis (org.). *Direito das Relações Internacionais: Ensaios Históricos e Jurídicos*. São Paulo: Millennium, 2007. p. 157-8.
- MOREIRA, Adriano. *Teoria das Relações Internacionais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1997.
- MOREIRA, Felipe Kern. *Direito e Legitimidade na Sociedade Internacional*. Boa Vista: Editora da Universidade Federal de Roraima, 2012.
- NOGUEIRA, João Pontes; MESSARI, Nizar. *Teorias das Relações Internacionais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- O DEBATE conceitual sobre intervenção humanitária. p. 37, 77. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/10564/10564_4.PDF. Acesso em: 3 maio 2018.
- ONU. Assembleia Geral. *AG Res. 377 (V)*. 1950.
- ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. UNIC, Rio, 005, ago. 2009. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2018.
- ONUBR. Organizações Unidas no Brasil. *A Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 12 abr. 2018.
- ONUBR. Organizações Unidas no Brasil. *Estatuto da Corte Internacional de Justiça*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/carta/cij/>. Acesso em: 02 maio 2018.
- ORTIZ SÁNCHEZ, Luis. *¿ Legitimidad de la Guerra? Una Revisión a La Teoría de la Guerra Justa*. Departament de Filosofia del Dret Moral I Politic Universitat de Valencia. 19 maio 2011. p. 17-9. Disponível em: <http://www.tdx.cat/handle/10803/81306>. Acesso em: 5 mar. 2018.
- PACTO Briand-Kellog. Disponível em: <http://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeira-republica/PACTO%20BRIAND-KELLOG.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2018.
- PATRIOTA, Antonio de Aguiar. *O Conselho de Segurança após a Guerra do Golfo: a articulação de um novo paradigma de segurança coletiva*. Brasília: Instituto Rio Branco, 1998.
- PEREIRA, Alexsandro Eugenio. *Teoria das Relações Internacionais*. Curitiba: Intersaberes, 2016.
- PEREIRA, Antônio Celso Alves. A Legítima Defesa no Direito Internacional Contemporâneo. p. 9, 11. Disponível em: http://www.faa.edu.br/revistas/docs/RID/2010/RID_2010_01.pdf. Acesso em: 11 mar. 2018.
- PINTO, Maria do Céu. *As Nações Unidas e a Manutenção da Paz: e as actividades de peacekeeping doutras organizações internacionais*. Coimbra: Almedina, 2007.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RAJCIC, Ivana. Legal Control over Decisions Taken by the United Nations Orgarns and Judicial Review of the Security Council Decisions. *Pravnik*, v. 48, n. 1, 2014. p. 112. Disponível em: <https://hrcak.srce.hr/file/216771>. Acesso em: 12 abr. 2018.
- RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

- REMIRO BROTONS, Antonio. Derecho internacional público: principios fundamentales. Madrid: Tecnos, 1983. p. 84-5. In: RICOBOM, Gisele. *Intervenção Humanitária: a guerra em nome dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 200.
- RESOLUTIONS Adopted and Decisions Taken by the Security Council in 1960. Disponível em: [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/134\(1960\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/134(1960)). Acesso em: 04 fev. 2018.
- REZENDE, Lucas Pereira; AZEVEDO, Cesar Augusto Lambert de. ABRI. Associação Brasileira de Relações Internacionais. *Carta Internacional. Sobre o Sistema de Segurança Coletiva e a Legitimidade das Operações de Paz da ONU*, v. 6, n. 1, p. 24, 2011. Disponível em: <https://cartainternacional.abri.org.br/Carta/article/view/22>. Acesso em: 28 mar. 2018.
- RICOBOM, Gisele. *Intervenção Humanitária: a guerra em nome dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- RODRIGUES, Simone Martins. *Segurança Internacional e Direitos Humanos: a prática da intervenção humanitária no pós-Guerra Fria*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ROSAS, Gustavo Ludwig Ribeiro. *Legalidade da Intervenção Humanitária*. Disponível em: <http://re.granbery.edu.br/artigos/MjA0.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2018.
- ROSSI, Flávia. A Guerra do Kosovo: Uma questão humanitária? *Revista Mediações*, Londrina, v. 7, n. 2, p. 113-131, jul./dez. 2002. p. 110. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/9100/7655>. Acesso em: 3 maio 2018.
- SALIHU, Arben. NATO Intervention in Kosovo in light of Security Council Actions and International Law. *ILIRIA International Review*, v. 3, n. 2, p. 285-303, dez. 2013. Disponível em: <http://iliriapublications.org/index.php/iir/article/view/130/122>. Acesso em: 3 maio 2018.
- SPIELER, Paula. A indeterminação do conceito de intervenção humanitária. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 31 p. 9, 56, jul./dez. 2007. Disponível em: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/265/240>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- SUTTERLIN, James S. The United Nations and the Maintenance of International Security. A Challenge To Be Met. *Praeger*. 1995. p. 3. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=dYistZdU8AQC&oi=fnd&pg=PA1&dq=The+United+Nations+and+the+Maintenance+of+International+Security&ots=cdu8pexCPS&sig=xYGa9I-08Dqc4cAhbuqrq0-678w#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 28 mar. 2018.
- SWINARSKI, Christophe. *Introdução ao Direito Internacional Humanitário*. Brasília: Comitê Internacional da Cruz Vermelha e Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996.
- TESÓN, Fernando R. *Humanitarian Intervention: an inquiry into law and morality*. 2. ed. New York: Transnational, 1997.
- TESÓN, Fernando R. Kosovo: a powerful precedente for the doctrine of humanitarian intervention. *Amsterdam Law Fórum*, v. 1, n. 2, p. 41-8, 2009. Disponível em: <http://amsterdamlawforum.org/article/view/62/119>. Acesso em: 3 maio 2018.
- TESÓN, Fernando R. The Vexing Problem of Authority in Humanitarian Intervention: a proposal. *Wisconsin International Law Journal*, v. 24, n. 3, 2006. Disponível em: <http://hosted.law.wisc.edu/wordpress/wilj/files/2012/02/teson.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2018.
- The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- THE Kosovo Commission. *The Independent International Commission on Kosovo*. p. 5. Disponível em: <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/6D26FF88119644CFC1256989005CD392-thekosovoreport.pdf>. Acesso em: 3 maio 2018.
- This is the testimony of Uyisenga, a survivor of the Rwandan genocide. SURF – Survivors Fund. Disponível em: <http://www.un.org/en/preventgenocide/rwanda/testimonies/pdf/13%20-%20Uyisenga%202009.pdf>. Acesso em: 9 fev. 2018.
- TODOROV, Tzvetan. Os limites da Justiça. In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais*. São Paulo: Manole, 2004. p. 47.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil (1948-1997): As primeiras cinco décadas*. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; SANTIAGO, Jaime Ruiz de. *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI*. 2. ed. San José, C.R: Impresora Gossestra Internacional, 2002. p. 63-9. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8946.pdf?view=1>. Acesso em: 13 abr. 2018.

UZIEL, Eduardo. *O Conselho de Segurança, as Missões de Paz e o Brasil no Mecanismo de Segurança das Nações Unidas*. Brasília: FUNAG, 2015.

VINCENT. *No Intervención y Orden Internacional [I]*. Chile/ Buenos Aires: Marymar, 1976. p. 19. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/10564/10564_3.PDF. Acesso em: 13 jan. 2018.

WALZER, Michael. *Guerras Justas e Injustas: uma argumentação moral com exemplos históricos*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALZER, Michael. Just and Unjust Wars: a moral argument with historical illustrations. *Basic Books*, 11 ago. 2015. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=EuTQCQAAQBAJ&printsec=frontcover&hl>

[=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.br/books?id=AYQLyuN4_twC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false). Acesso em: 22 nov. 2017.

WHEELER, N. Review article: Humanitarian intervention after Kosovo: emergent norm, moral duty or the coming anarchy? *International Affairs*, v. 77, n. 1, p. 113, jan. 2001.

WHEELER, N. *Saving Strangers: Humanitarian Intervention in International Society*. OUP Oxford, 7 de set de 2000. p. 34-5. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=AYQLyuN4_twC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 2 abr. 2018.

WISE, Laura. Was Nato's Intervention in Kosovo in 1999 'Just'? *E-International Relations*, 21 jun. 2013. Disponível em: <http://www.e-ir.info/2013/06/21/was-natos-intervention-in-kosovo-in-1999-just/>. Acesso em: 11 dez. 2017.

ZOLO, Danilo. *La Justicia de los Vencedores: de Nuremberg a Bagdad*. Madrid: Trotta, 2007.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**O Acordo de Escazú e o acesso à
informação ambiental no Brasil**

**The Escazú Agreement and the
right of access to environmental
information in Brazil**

Érica Bezerra Queiroz Ribeiro

Bruno Amaral Machado

O Acordo de Escazú e o acesso à informação ambiental no Brasil*

The Escazú Agreement and the right of access to environmental information in Brazil

Érica Bezerra Queiroz Ribeiro**

Bruno Amaral Machado***

RESUMO

O objetivo deste artigo é avaliar a influência do Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe (Acordo de Escazú) no exercício do direito de acesso à informação ambiental no Brasil. O foco recai sobre dois conceitos inseridos no Acordo: a vulnerabilidade de pessoas ou grupos sociais usuários da informação ambiental e o teste de interesse público para acesso a informações de interesse particular. Ao determinar a oferta de orientação e assistência, a pessoas ou grupos em situação de vulnerabilidade, o acordo consolida precedentes do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, que, associados à isenção de custos de reprodução de documentos e à disponibilização de dados e informações em diferentes formatos, línguas e canais, visam garantir influência efetiva nas decisões em matéria de proteção ambiental. O teste de interesse público, como raciocínio para o balanceamento do interesse público em entregar a informação ambiental em contraposição ao interesse privado em proteger a informação de interesse particular, é discutido com base nas experiências americana, irlandesa, mexicana e brasileira. A partir da revisão *ad-hoc* da literatura nacional e estrangeira relacionada ao direito de acesso à informação em geral, e à informação ambiental em particular (artigos científicos, legislação e jurisprudência), entende-se que ambos os conceitos são inovações jurídicas relevantes, as quais poderão ensejar significativo incremento da transparência ambiental.

Palavras-chave: Acesso à informação ambiental. Acordo de Escazú. Vulnerabilidade. Teste de interesse público.

ABSTRACT

The objective of this article is to evaluate the influence of the Regional Agreement on Access to Information, Public Participation and Justice in Environmental Matters in Latin America and the Caribbean (Escazú Agreement) in the exercise of the right of access to environmental information in Brazil. The focus of the analysis falls on two concepts included in the Agreement: the vulnerability of individuals or social groups that use environmental information and the public interest test for access to informa-

* Recebido em: 17/10/2018
Aprovado em: 07/11/2018

** Doutoranda em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Mestre em Ciência da Informação e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Auditora Federal de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União (CGU). E-mail : ericabqr@gmail.com

*** Doutor em Direito pela Universidade de Barcelona. Pós-doutorado em Sociologia (UnB) – John Jay (Nova Iorque). Professor da FESMPDFT e dos programas de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). E-mail : brunoamachado@hotmail.com

tion of private interest. In determining the provision of guidance and assistance to persons or groups in vulnerable situations, the Agreement consolidates precedents of the inter-American system for the protection of human rights, which, together with the exemption of reproduction costs of documents and the availability of data and information in different formats, languages and channels, aim to ensure effective influence on decisions on environmental protection. Public interest testing, as a reasoning for balancing the public interest in delivering environmental information as opposed to private interest in protecting information of particular interest, is discussed from the American, Irish, Mexican and Brazilian experiences. Based on the *ad-hoc* review of the national and foreign literature related to the right of access to information in general, and to the environmental information in particular (scientific articles, legislation and jurisprudence), both concepts are considered relevant legal innovations, which may lead to a significant increase in environmental transparency.

Keywords: Access to environmental information. Escazú Agreement. Vulnerability. Public interest test.

1. INTRODUÇÃO

É recorrente na literatura especializada atribuir à Constituição Cidadã a origem do direito de acesso à informação em nosso país. Argumenta-se nesse sentido considerando que o inciso XXXIII do artigo 5º da Constituição registra o direito de receber informações de interesse particular, coletivo ou geral¹.

Contudo, o Poder Legislativo já havia disposto sobre esse direito fundamental, de modo explícito, na Lei

6.938/1981, ao estabelecer como objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente a “divulgação de dados e informações ambientais” e a “formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico” (inciso V do artigo 4º). Coerente com o caráter inovador dessa Lei em seu aspecto geral, esse objetivo foi dotado de instrumento também à frente de seu tempo, o sistema nacional de informações sobre o meio ambiente (Sini- ma – inciso VII do artigo 9º), ao qual se somou, por meio da Lei 7.804/1989, a obrigação de o Poder Público produzir informações inexistentes (inciso VIII do artigo 9º). Esses dispositivos foram detalhados pela Lei 10.650/2003, a qual tratou do acesso público a dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama), estabelecendo prazos e procedimentos para o exercício desse direito.

Desse modo, as bases do que hoje se entende por transparência ambiental (pro) ativa e passiva foram estabelecidas muito antes do advento da Lei 12.527/2011, conhecida por Lei de Acesso à Informação (LAI). Essa lei determinou prazos e condições para o exercício do direito de acesso à informação, bem como estabeleceu competências para promoção da transparência do Estado, com abrangência nacional, impulsionando o acesso à informação ambiental. É possível afirmar, grosso modo, que o quadro jurídico brasileiro, em matéria de acesso à informação ambiental, é atualmente constituído pelas três leis².

Alteração significativa nesse quadro, todavia, deve advir da ratificação do Acordo Regional sobre Acesso

1 BANISAR, David. *Freedom of information around the world 2006: a global survey of access to government information laws*. Londres: Privacy International, 2006. CUNHA FILHO, Marcio Camargo; XAVIER, Vitor Cesar Silva. *Lei de acesso à informação: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. MENDEL, Toby. *Liberdade de informação: um estudo de direito comparado*. 2. ed. Brasília: UNESCO, 2009. MICHENER, Gregory. Assessing freedom of information in Latin America a decade later: illuminating a transparency causal mechanism. *Journal of Latin American Politics and Society*, Miami, v. 57, n. 3, p. 11-99, 2015. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). *Access to Public Information in Latin America*. In: *OPEN Government in Latin America*. Paris: OCDE, 2014. Disponível em: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/ocde/governance/open-government-in-latin-america/access-to-public-information-in-latin-america_9789264223639-6-en#page28. Acesso em: 11 nov. 2018.

2 Nesse sentido: BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. *O Estado (in) transparente: limites do direito à informação socioambiental no Brasil*. 2008. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Sustentável) - Universidade de Brasília, Brasília, 2008. COSTA, Beatriz Souza; SAMPAIO, José Adércio Leite. Acesso à informação digital no Brasil em casos de acidentes: o exemplo da tragédia de Mariana. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 30, p. 77-98, 2017. LANCHOTTI, Andressa de Oliveira; DIZ, Jamile Bergamaschine Mata. Direito de acesso à informação ambiental: da formalidade à efetividade dos direitos de acesso. *Revista de Direito e Sustentabilidade*. Curitiba, v. 2, n. 2, p. 130-148, 2016. MONEBHURRUN, Nitisch. Estudo comparativo do Direito de acesso à informação ambiental na Argentina, no Brasil e na Bolívia: medindo os tons da transparência ambiental. In: GAUTREAU, Pierre; MONEBHURRUN, Nitisch (org.). *Direito à informação ambiental: uma agenda de pesquisa interdisciplinar*. Curitiba: Prismas, 2017. PAES, Luciano Marcos. Participação popular e acesso à informação ambiental para preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v.5, n. 2, p. 277-287, 2015.

à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe, aprovado em Escazú (Costa Rica) em 4 de março de 2018 e assinado em 27 de setembro. Explicitamente inspirado na Convenção de Aarhus, o Acordo de Escazú contém disposições específicas para acesso à informação ambiental por pessoas e grupos em situação de vulnerabilidade, implicando assistência especial desde o recebimento do pedido. Ao também estabelecer critérios gerais para aplicação de teste do interesse público, o Acordo aumenta o ônus do Estado para justificar uma negativa de acesso à informação ambiental, em favor da máxima divulgação de informações. Essas duas disposições podem operar uma verdadeira transformação da lógica de acesso à informação em geral, na medida em que se comportam como instrumentos de argumentação de alto impacto, os quais podem ser extrapolados para justificar o acesso a outras informações para além da matéria ambiental, inclusive.

O presente artigo tem, como principal objetivo, discutir essas importantes inovações do Acordo de Escazú à luz do quadro jurídico brasileiro para o acesso à informação ambiental. A pergunta central da presente pesquisa é: o quadro jurídico brasileiro, com base na ratificação e na entrada em vigência do Acordo de Escazú, cria condições para o incremento da transparência e do acesso à informação ambiental em nosso país? O estudo parte da hipótese de que o ordenamento jurídico brasileiro é suficientemente robusto para garantir a transparência ativa e passiva da informação ambiental. Todavia, as disposições legais, no Brasil, não estabeleceriam, adequadamente, as hipóteses para excepcionar a aplicação das restrições ao acesso à informação ambiental em prol da proteção do meio ambiente, limitação esta que dificultaria a participação social. Existiriam, ademais, dispositivos que confeririam ao Estado demasiada amplitude interpretativa, a qual não guardaria equilíbrio com a aplicação do princípio da máxima divulgação, fundamental para a garantia do direito de acesso a informações. Para além das restrições ao acesso à informação ambiental, o quadro jurídico atual não garantiria o acesso por pessoas e grupos sociais vulneráveis, razão pela qual a vigência do Acordo de Escazú resultaria no incremento da proteção ambiental.

Organizado em três itens, no primeiro registra os principais argumentos em favor da transparência e do acesso à informação para a proteção ambiental, com base no qual constrói, no item seguinte, o quadro jurídi-

co de referência para o acesso ambiental no Brasil. No terceiro e último item, discutem-se os dispositivos do Acordo que tratam do acesso à informação ambiental por pessoas e grupos em situação de vulnerabilidade e do teste do interesse público, sob a perspectiva da promoção da participação social, avaliando-se suas potencialidades e limitações.

2. TRANSPARÊNCIA, ACESSO À INFORMAÇÃO E PROTEÇÃO AMBIENTAL

No âmbito do direito internacional, os primeiros esforços para alinhamento da transparência com a proteção ambiental remontam à Agenda 21, a qual estabeleceu, como princípio para cooperação internacional para o desenvolvimento sustentável, a participação pública na formulação, negociação e implementação de políticas comerciais enquanto meio de originar maior transparência. A operacionalidade desse princípio foi conferida, também, pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (Cnumad), a qual registrou, por meio do Princípio 10 da Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, a correlação entre a transparência ambiental e o direito de acesso a informações.

O recurso à transparência como instrumento de política ambiental decorre do reconhecimento da suposta insuficiência dos mecanismos jurídicos e econômicos clássicos para inibição e punição de condutas poluidoras do meio ambiente, ao induzir processos de autorreflexão e de autocritica para avaliação da performance ambiental das entidades reguladas³. A transparência viabilizaria, dessa forma, que a sociedade civil exercesse pressão sobre empresas, governos e autoridades judiciais, impactando a forma como a empresa é percebida por seus consumidores, fomentando o controle social em paralelo à regulação oficial e atualizando o poder judiciário sobre os valores e parâmetros de referência para decisões socialmente justas. Esse entendimento, contudo, é também rechaçado por desconsiderar as disparidades de acesso e uso da informação por grandes

3 ALOGNA, Ivano; ALBUQUERQUE, Marcia Fajardo Cavalcanti de. Os modelos de divulgação de informação ambiental: experiências comparadas e perspectivas para o Brasil. In: GAUTREAU, Pierre; MONEBHURRUN, Nitsch (org.). *Direito à informação ambiental: uma agenda de pesquisa interdisciplinar*. Curitiba: Prismas, 2017. p. 313-340.

corporações, solicitantes individuais ou comunitários, as quais resultariam em maior opacidade nas áreas de supervisão e regulação do mercado⁴.

A transparência ambiental também poderia promover o incremento do sistema regulatório sob outras frentes. Diante da insuficiência de dados e informações ambientais detidos ou produzidos pelos órgãos públicos, a integração e o compartilhamento de bases de dados subnacionais, nacionais e internacionais, mediante padrões tecnológicos comuns ou interoperáveis, é a tendência⁵.

A capacidade de aprendizagem institucional, a qual facilita a adaptação frente à mudança ambiental, social, econômica ou política, bem como o registro e a transmissão de conhecimentos e experiências, pode ser medida com base na capacidade de avaliação e da complexidade do sistema de informação ambiental⁶. Em um estado ótimo, quando a própria sociedade produz dados para comparação com os dados oficiais, o reuso desses dados pelos gestores e técnicos ambientais promove verdadeira co-construção da política ambiental, aumentando o *compliance* às normas e a adaptação à mudança⁷.

Ademais, o direito de acesso à informação criaria condições para incremento da participação social na estruturação do direito ambiental global⁸. No Brasil, as iniciativas para transparência de dados e informações ambientais foram registradas em diferentes leis, cuja

análise será objeto do próximo item.

3. A RELEVÂNCIA DO QUADRO NORMATIVO BRASILEIRO PARA PROMOÇÃO DA TRANSPARÊNCIA AMBIENTAL

O exercício do direito fundamental de acesso a informações funda-se no pressuposto de que a publicidade é a regra e, o sigilo, a exceção. Esse enunciado, denominado Princípio da Máxima Divulgação, é explícito em todos os mais importantes pactos e declarações que registram esse direito, os quais apontam, em linhas gerais, hipóteses para sua restrição.

É frequente remontar ao artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) para se fixar a origem desse direito⁹, por meio do qual se garantiu a faculdade de “[...] procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão”. O Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (1966) tornou explícitos, também no artigo 19, os componentes fundamentais desse direito humano, estabelecendo critérios para sua eventual restrição, dentre os quais a necessidade de “: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; e b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas”. Nos mesmos termos, o Pacto de São José da Costa Rica (1969) reforçou os elementos trazidos pelo Pacto anterior. Em outubro de 2000, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos adotou a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, reforçando seu caráter fundamental e a

4 POZEN, David E. Transparency’s Ideological Drift. *Yale Law Journal*, set. 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3120807. Acesso em: 11 nov. 2018.

5 GAUTREAU, Pierre. Entre democracia informacional y posneoliberalismo: una ecología política de los dispositivos de open data ambiental. In: GAUTREAU, Pierre; MONEBHURRUN, Nitisch (org.). *Direito à informação ambiental: uma agenda de pesquisa interdisciplinar*. Curitiba: Prismas, 2017. p. 183-206.

6 SANTANA, Ana Cláudia Farranha; SUGUIURA, Carolina. Acesso à informação ambiental e considerações metodológicas sobre avaliação: é possível identificar como funcionam os sistemas de informação? In: GAUTREAU, Pierre; MONEBHURRUN, Nitisch (org.). *Direito à informação ambiental: uma agenda de pesquisa interdisciplinar*. Curitiba: Prismas, 2017. p. 159-182.

7 SANDRA, Nicolle; MAYA, Leroy. Compartir y difundir datos públicos medioambientales: estrategias en la amazonia francesa y brasileña. In: GAUTREAU, Pierre; MONEBHURRUN, Nitisch (org.). *Direito à informação ambiental: uma agenda de pesquisa interdisciplinar*. Curitiba: Prismas, 2017. p. 229-260.

8 BALBINO, Michelle Lucas Cardoso. A participação social na construção do direito ambiental global. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 3, p. 79-104, 2017. LEUZINGER, Marcia Dieguez; SILVA, Solange Teles da. O princípio da participação e a criação e gestão das áreas protegidas na perspectiva do direito ambiental global. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 3, p. 134-146, 2017.

9 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *O direito de acesso à informação no Marco Jurídico Interamericano*. 2011. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/20140519%20-%20port%20unesco%20-%20el%20derecho%20de%20acceso%20a%20la%20informacion%20a%20edicion%20adjusted.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2018. MENDEL, Toby. *Liberdade de informação: um estudo de direito comparado*. 2. ed. Brasília: UNESCO, 2009. MICHENER, Gregory. Assessing freedom of information in Latin America a decade later: illuminating a transparency causal mechanism. *Journal of Latin American Politics and Society*, Miami, v. 57, n. 3, p. 11-99, 2015. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). *Access to Public Information in Latin America*. In: OPEN Government in Latin America. Paris: OCDE, 2014. Disponível em: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/open-government-in-latin-america/access-to-public-information-in-latin-america_9789264223639-6-en#page28. Acesso em: 11 nov. 2018.

necessidade de previsão em lei das hipóteses de restrição de acesso, sob os mesmos critérios.

A esse movimento em prol do acesso a informações se somou outro, relativo à crescente adoção pelo Brasil de parâmetros internacionais para a proteção do meio ambiente. Inicialmente tímida e de caráter desenvolvimentista, a participação do país nas conferências internacionais, gradativamente, passou a se pautar pela proteção ambiental, considerando sua extensão geográfica, com diversos tipos de biomas e grande quantidade de água doce e espécies da flora e da fauna¹⁰.

Desse contexto resultou a Lei 6.938/1981, de iniciativa do Poder Executivo federal, a qual estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente, constituiu o Sisnama, criou o Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) e instituiu o Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumentos de Defesa Ambiental (CTF). Dentre os objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente, estão a divulgação de dados e informações ambientais e o estímulo à formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico (inciso V do artigo 4º), instrumentalizados pelo Sinima. Alterada pela Lei 7.804/1989, a Lei 6.938/1981 passou a incluir a “[...] garantia da prestação de informações relativas ao Meio Ambiente, obrigando-se o Poder Público a produzi-las, quando inexistentes” (inciso VIII do artigo 9º).

Referida Lei forneceu os fundamentos para garantia do acesso à informação ambiental, na medida em que conferiu ao Estado a obrigação de produzir e disseminar informações — associando-a à premência do fomento da cultura de proteção ambiental e da participação social — e determinou a sistematização das informações sobre meio ambiente. Produção, gestão e disseminação da informação, enquanto engrenagens de uma espécie de “ciclo da informação”¹¹, estimulariam crescentes níveis de transparência e participação social que, por sua vez, alavancaria o desenvolvimento sustentável. No entanto, diante da inexistência de disposições para operacionalização do direito de acesso à informação ambiental, tais objetivos, instrumentos e garantias

não produziram esses efeitos, inicialmente.

A partir da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (Cnumad), realizada no Rio de Janeiro de 3 a 14 de junho de 1992, o direito de acesso à informação ambiental ganhou impulso para, enfim, se tornar procedimentalmente viável. O Princípio 10 da Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento não só reforçou a importância da garantia do direito de acesso como registrou a evidente correlação entre informação e participação social para a proteção do meio ambiente:

Princípio 10: O melhor modo de tratar as questões ambientais é com a participação de todos os cidadãos interessados, no nível que corresponda. No plano nacional, toda a pessoa deverá ter acesso adequado à informação sobre o meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, incluída a informação sobre os materiais e as atividades que encerram perigo em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar nos processos de adoção de decisões.

Essa correlação, todavia, não foi explicitamente espelhada na Lei 10.650/2003, a qual dispôs sobre o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sisnama. No entanto, essa lacuna não macula sua relevância enquanto marco para o acesso à informação ambiental no Brasil, considerando suas disposições relativas à sujeição passiva e ativa à Lei, ao seu objeto, aos prazos e procedimentos para acesso e recurso administrativo em caso de negativa, bem como à forma e ao rol mínimo de informações que deveriam ser objeto de divulgação proativa¹².

Constituído pelos órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como pelas fundações públicas, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, o Sisnama delimitou os sujeitos passivos das obrigações de transparência ativa e passiva impostas pela Lei 10.650/2003 (artigo 1º). Desse modo, informações para proteção do meio ambiente, detidas por um banco público de fomento ao desenvolvimento, não poderiam ser objeto de solicitação com fundamento na referida Lei.

Qualquer indivíduo, nacional ou estrangeiro, podia solicitar o acesso à informação ambiental sob a guarda dos órgãos e entidades do Sisnama (artigo 2º). Não era

10 DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; DISCACCIATI, Ana Clara Gonçalves. Acesso à informação ambiental: por um novo paradigma de participação. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 17, n. 3, p. 71-113, 2015.

11 CHOO, Chun Wei. *A organização do conhecimento: como as organizações usam a informação para criar significado, construir conhecimento e tomar decisões*. São Paulo: SENAC, 2003.

12 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito à informação e meio ambiente*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

necessário declinar “interesse específico” para acesso à informação ambiental; no entanto, o solicitante não poderia utilizá-la para fins comerciais e tinha a obrigação de citar a fonte caso viesse a divulgá-la (parágrafo 1º do artigo 2º).

Os pedidos podiam veicular o acesso a quaisquer documentos, expedientes e processos administrativos em matéria ambiental, em especial àqueles relacionados à qualidade do meio ambiente; a políticas, planos e programas potencialmente causadores de impacto ambiental; aos resultados de monitoramento e auditoria nos sistemas de controle de poluição e de atividades potencialmente poluidoras, bem como de planos e ações de recuperação de áreas degradadas; a acidentes, situações de risco ou de emergência ambientais; às emissões de efluentes líquidos e gasosos, e produção de resíduos sólidos; a substâncias tóxicas e perigosas; à diversidade biológica; e aos organismos geneticamente modificados (*caput* do artigo 2º). Os órgãos e entidades poderiam negar acesso à informação ambiental se protegida por sigilo comercial, industrial, financeiro ou qualquer outro sigilo protegido por lei, e das comunicações internas dos órgãos e entidades governamentais, cabendo a quem fornecer a informação advertir o órgão ou entidade acerca dessas circunstâncias legais (parágrafos 2º e 3º do artigo 2º). Nenhum parâmetro para flexibilização desses sigilos foi estabelecido pela Lei, sequer a existência de um interesse público prevalente. A negativa devido ao sigilo de comunicações estabelecia uma hipótese de restrição de acesso vaga, inclusive.

O pedido deveria ser apresentado por escrito e atendido em até 30 dias corridos. A negativa do acesso à informação ambiental deveria ser motivada, estando sujeita a recurso hierárquico (parágrafo 5º do artigo 2º e *caput* do artigo 5º).

Significativo mérito da Lei 10.650/2003 se refere às disposições sobre transparência ativa de informação ambiental, exigindo-se publicação, no Diário Oficial, de determinados atos administrativos, como pedido, renovação e concessão de licenciamento, penalidades impostas e termos de compromisso de ajustamento de conduta (artigo 4º). Essas informações deveriam ser organizadas em listagens de fácil acesso ao público (parágrafo único do artigo 4º). Todos os órgãos do Sisnama deveriam produzir e divulgar, anualmente, relatórios relativos à qualidade do ar e da água (artigo 8º).

A partir da entrada em vigor da Lei 10.650/2003, o Ministério do Meio Ambiente constituiu, por meio

da Portaria MMA 310/2004, o comitê gestor do Sini- ma, responsável por “[...] homologar e promover nacionalmente os padrões de interoperabilidade entre os sistemas de informação do Ministério do Meio Ambiente e dos órgãos vinculados, componentes do Sistema Nacional do Meio Ambiente-SISNAMA e outros, objetivando o compartilhamento dos dados relevantes dos sistemas em questão”; e por “propor estratégias de disseminação da informação ambiental” (incisos VI e IX do artigo 2º). O sistema foi oficialmente lançado em 8 de junho de 2006, tornando possível o acesso integrado a dados do Portal Nacional de Licenciamento Ambiental (PNLA), do Sistema de Bases Compartilhadas de Dados sobre a Amazônia (BCDAM), da Rede Virtual de Informação da Caatinga (RVC), do Sistema de Informação do Gerenciamento Costeiro e Marinho (Sigercom), do Sistema de Informação do Rio São Francisco (Sisfran), do Sistema Brasileiro de Informação sobre Educação Ambiental (Sibeia) e do Sistema de Informação Ambiental do Mercosul (Siam)¹³. No mesmo ano, a transparência ativa da informação ambiental florestal foi objeto do Decreto 5.975/2006, o qual determinou sua disponibilidade na *internet* e no Sinima.

As disposições da Lei 10.650/2003 e da regulamentação dela decorrente estavam alinhadas com as mais modernas provisões em matéria de direito de acesso a informações, especialmente no que se referia à desnecessidade de declinar motivos para o acesso a documentos e processos administrativos de interesse público e de se conferir máxima publicidade para promoção do controle e da participação social. Os procedimentos que estabeleceu para transparência passiva da informação ambiental, no entanto, careciam de disposições para efetivas, considerando-se o caráter genérico das disposições relacionadas às hipóteses para negativa de acesso e à possibilidade de interpor recurso em face da negativa. Essas lacunas foram superadas com a regulamentação do inciso XXXIII do artigo 5º da Constituição Federal.

O direito de acesso a informações foi, apenas recentemente, objeto de Lei em nosso país. O Brasil foi o 91º país a regulamentá-lo, após Chile, México, Peru e Uruguai¹⁴. Por meio da Lei 12.527, de 18 de novembro

13 SILVA, Thiago Antunes da. Avaliação do acesso ao SINIMA – Sistema Nacional de Informação sobre o meio ambiente. *Perspectivas em Ciência da Informação*, Belo Horizonte, v. 12, n. 3, p. 41-53, 2007.

14 VLEUGELS, Roger. *Overview of all FOI laws*. Disponível em: http://www.right2info.org/resources/publications/laws-1/ati-laws_fringe-special_roger-vleugels_2011-oct. Acesso em: 11 nov. 2018.

de 2011, o Brasil estabeleceu os procedimentos relacionados ao direito fundamental de acessar, consultar e obter informações produzidas, acumuladas ou custodiadas pelo Estado, de interesse público ou particular, exercido mediante solicitação (transparência passiva) ou consulta a repositórios físicos ou *online* (transparência ativa). Nos níveis estadual e municipal, e nos Poderes Legislativo e Judiciário, foi objeto de regulamentações específicas, a despeito da abrangência nacional conferida originariamente à LAI¹⁵.

A Lei estabeleceu um conjunto de hipóteses para restrição do acesso a informações, as quais podem ser organizadas do seguinte modo:

a) Informações classificadas: são aquelas consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado, cuja divulgação ou acesso irrestrito possa, nos termos do artigo 23 da LAI, vulnerar determinados interesses:

Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam:

I - pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional;

II - prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais;

III - pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população;

IV - oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País;

V - prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicas das Forças Armadas;

VI - prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional;

VII - pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou

VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

Nessas situações, é possível restringir, por até 50

15 O Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União reuniu, em um único site, a legislação estadual e municipal referente ao direito de acesso a informações: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/transparencia-publica/brasil-transparente/legislacao>.

anos, o acesso a determinados dados e informações, mediante procedimento solene, materializado em um documento denominado Termo de Classificação de Informações (TCI). É possível solicitar a desclassificação ou a reclassificação dos dados e informações, observando-se procedimentos específicos.

b) Sigilos legais: informações protegidas por sigilo bancário, fiscal, profissional, empresarial ou industrial, por exemplo, bem como pelo segredo de justiça, não poderão ser fornecidas, regra geral, considerando-se o disposto no artigo 22 da LAI.

c) Informações pessoais: sujeitam-se a restrição de acesso, pelo prazo máximo de 100 anos, as informações relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas naturais. É comum afirmar que o direito à privacidade estaria associado a uma espécie de direito de controle sobre as informações de cada um e de determinar como a esfera privada deve ser constituída¹⁶. Com a entrada em vigor da Lei 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), em 14 de fevereiro de 2020, um conjunto de restrições e condições se somará àquelas inseridas na LAI, cujo cumprimento, em nível federal, será monitorado por uma nova autarquia, criada por meio da Medida Provisória 869, de 27 de dezembro de 2018¹⁷.

d) Sigilos circunstanciais: em determinadas circunstâncias, é possível restringir o acesso a informações. É o caso das informações referentes a atos administrativos ainda não concluídos, quando o acesso prévio puder representar prejuízo considerável para a decisão a ser adotada, conforme disposto no parágrafo 3º do artigo 7º da LAI. Obviamente, o acesso é garantido após a edição do ato.

Quaisquer dessas hipóteses de restrição de acesso, todavia, pode ser afastada para tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais, nos termos do artigo 21 da Lei, bem como para conhecimento de condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas, conforme disposto no parágrafo único do mesmo dispositivo legal.

Por ser lei de âmbito nacional, a LAI se aplica a todos

16 SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014. SOLOVE, Daniel J. *Understanding Privacy*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

17 DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

os poderes e esferas de governo. O Decreto 7.724/2012 regulamentou a LAI e se aplica a todos os órgãos e entidades do Poder Executivo federal. Nele, encontram-se restrições adicionais ao Princípio da Máxima Divulgação, como aquela que veda a divulgação de informações produzidas ou acumuladas por estatais que possam vulnerar “[...] sua competitividade, governança corporativa e, quando houver, os interesses de acionistas minoritários” (parágrafo 1º do artigo 5º), bem como o acesso a informações “[...] obtidas pelo Banco Central do Brasil [...] no exercício de atividade de controle, regulação e supervisão da atividade econômica cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos” (parágrafo 2º do artigo 5º). O Decreto, também, sugere que limitações de recursos humanos ou tecnológicas possam justificar a restrição ao acesso a informações, conforme disposto no artigo 13:

Art. 13. Não serão atendidos pedidos de acesso à informação:

I - genéricos;

II - desproporcionais ou desarrazoados; ou

III - que exijam trabalhos adicionais de análise, interpretação ou consolidação de dados e informações, ou serviço de produção ou tratamento de dados que não seja de competência do órgão ou entidade.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso III do caput, o órgão ou entidade deverá, caso tenha conhecimento, indicar o local onde se encontram as informações a partir das quais o requerente poderá realizar a interpretação, consolidação ou tratamento de dados.

Uma vez negado o acesso à informação solicitada, o demandante poderá apresentar recurso à autoridade hierarquicamente superior à que exarou a decisão pela busca pelo termo “sinima” no buscador Google traz, como primeiro resultado, a página <http://www.mma.gov.br/informacoes-ambientais.html>, na qual foram reunidas informações sobre o Plano de Dados Abertos (PDA) do MMA, criado a partir da LAI e do Decreto 8.777/2016, que instituiu a Política de Dados Abertos do Poder Executivo federal. O Ministério disponibiliza, na página <http://www.dados.mma.gov.br>, 10 conjuntos de dados mantidos pelo MMA e pelo Serviço Florestal Brasileiro (SFB). Já na página <http://www.dados.gov.br>, pesquisando-se pelo termo “meio ambiente”, 58 conjuntos de dados foram recuperados. Se, de fato, os dados e informações se encontram disponíveis para reuso, não necessariamente o acesso se tornou simples e útil

para aqueles que não estão familiarizados com *softwares* de tratamento de dados. O maior acesso às tecnologias de informação e comunicação (TICs) representa avanço fundamental para a proteção ambiental com participação social; todavia, restringem a participação àqueles que possuem competências especializadas, resultando, frequentemente, em maior exclusão.

Desse modo, o quadro jurídico brasileiro, em matéria de acesso à informação ambiental, é atualmente constituído pelas Leis 6.938/1981, 10.650/2003 e 12.527/2011. O Acordo de Escazú deverá operar nova transformação nesse quadro, a partir de inovações procedimentais e finalísticas nele introduzidas, ponto que será explanado no próximo item.

4. A CONDIÇÃO DE VULNERABILIDADE DO SOLICITANTE E O TESTE DO INTERESSE PÚBLICO COMO INOVAÇÕES ADVINDAS DO ACORDO DE ESCAZÚ PARA INCREMENTO DA TRANSPARÊNCIA AMBIENTAL

O Acordo de Escazú representa o mais recente e amplo esforço regional para conferir efetividade ao Princípio 10 da Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento. Explicitamente inspirado na Convenção sobre o Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente (Convenção de Aarhus), contém disposições que poderão elevar o direito ao acesso à informação ambiental a outro patamar, especialmente no que toca ao acesso por pessoas e grupos sociais vulneráveis.

O Acordo é resultado de 2 anos de reuniões do Comitê de Negociação, conduzidas por Chile, Costa Rica, Argentina, México, Peru, São Vicente e Granadinas e Trinidad e Tobago com delegados governamentais, representantes do público e do setor acadêmico, especialistas e outras partes interessadas. Quinze países já assinaram o Acordo, aguardando-se a ratificação de, ao menos, 11 países para que entre em vigência.

O objetivo do Acordo é:

[...] garantir a implementação plena e efetiva, na América Latina e no Caribe, dos direitos de acesso a informação ambiental, participação pública nos processos de tomada de decisões ambientais e acesso à justiça em questões ambientais, bem

como a criação e o fortalecimento das capacidades e cooperação, contribuindo para a proteção do direito de cada pessoa, das gerações presentes e futuras, a viver em um meio ambiente saudável e a um desenvolvimento sustentável (artigo 1).

A relação de interdependência entre os três direitos de acesso é o ponto de partida do Acordo de Escazú, trazendo à vista a necessidade de se criarem condições para o exercício desses direitos por todos, independentemente de sua condição econômica, tecnológica, social ou política. O texto deixa explícita a obrigação de incluir, dentre o público objeto desses direitos, as pessoas ou grupos em situação de vulnerabilidade, entendidos como aqueles “[...] que encontram especiais dificuldades para exercer com plenitude os direitos de acesso [...], pelas circunstâncias ou condições entendidas no contexto nacional de cada Parte e em conformidade com suas obrigações internacionais” (artigo 2).

Inicialmente, cumpre destacar que o tema sofre a influência da Declaração da ONU sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais, Étnicas, Religiosas ou Linguísticas (1992), a qual lhes garantiu o direito de participar nas decisões, nos níveis nacional e regional, relacionadas à minoria a que pertencem ou às regiões em que vivem (artigo 2)¹⁸. Essas minorias, situando-se à margem do processo de consolidação dos Estados nacionais, encontram nas cortes regionais e internacionais a oportunidade de garantirem direitos nacionalmente negados, especialmente ao da participação social. Considerando um *status quo* nacional que mantém cenários discriminatórios entendidos como naturais, “os órgãos internacionais podem auxiliá-las no rompimento dessa realidade, confrontando-a com os tratados ratificados pelos Estados que consagram determinados bens jurídicos”¹⁹. Essa solução, no entanto, carece da própria definição de minoria nacional, de modo que o Acordo de Escazú não só reforça suas disposições como inova no tratamento conferido às pessoas e aos grupos em situação de vulnerabilidade, aqui entendidos não como sinônimo de minoria, mas, como parcialmente cumuláveis.

No que se refere ao direito de acesso à informação ambiental, o Acordo delimita uma parte do público que, pelas próprias características, encontra dificuldades adicionais — às vezes intransponíveis — para exercer influência sobre decisões que irão determinar sua qualidade de vida ou de saúde. Seja porque a informação ambiental está disponível em diferentes bases de dados, é tecnicamente sofisticada ou exige a análise de um grande volume de dados, esse público é frequentemente excluído do debate ou sua participação é mediada, ocorrendo por meio de terceiros tecnicamente mais aptos. Todavia, o conhecimento e a experiência que esse público pode aportar ao debate tem o potencial de contribuir para melhores decisões para proteção ambiental e desenvolvimento sustentável, considerando a complexidade inerente ao processo, reduzida à medida que diferentes perspectivas sobre os problemas são efetivamente discutidas. Adotar instrumentos para facilitar a participação dos grupos vulneráveis das decisões em matéria ambiental aumenta as chances de alcançar boas decisões²⁰.

Esse entendimento é particularmente relevante quando se discutem formas para viabilizar a efetiva participação de comunidades tradicionais na gestão de unidades de conservação, especialmente naquelas que não admitem sua presença. Considerada a vulnerabilidade especialmente característica desses grupos, que são deslocados para fora da unidade com o intuito de garantir sua própria diversidade, é rotineira sua exclusão do processo decisório relacionado à gestão da unidade, empobrecendo-o na medida em que nenhuma importância se confere a sua participação, a qual pressupõe o acesso a informações adequadas e tempestivas²¹.

Os principais instrumentos registrados no Acordo para viabilizar a participação de pessoas ou grupos em situação de vulnerabilidade nas decisões em matéria ambiental são a orientação e a assistência (artigo 4). Tais instrumentos se diferenciam, evidentemente: a orientação se refere à explicitação dos procedimentos para exercício do direito de acesso à informação ambiental,

18 NAÇÕES UNIDAS. *Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*. 1992. Disponível em: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Minorities/Booklet_Minorities_Spanish.pdf. Acesso em: 11 nov. 2018

19 LOPES, Ana Maria D'Avila; SANTOS JÚNIOR, Luís Haroldo Pereira dos. Minorias nacionais, proteção internacional e transnacionalidade. *Revista de Direito Internacional*. Brasília, v. 14, n. 3, p. 181-201, 2017.

20 POMADE, Adélie. El derecho a la información medioambiental: enfoque comparativo Francia-Brasil. In: GAUTREAU, Pierre; MONEBHURRUN, Nitisch (org.). *Direito à informação ambiental: uma agenda de pesquisa interdisciplinar*. Curitiba: Prismas, 2017. p. 93-112.

21 LEUZINGER, Marcia Dieguez; SILVA, Solange Teles da. O princípio da participação e a criação e gestão das áreas protegidas na perspectiva do direito ambiental global. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 3, p. 134-146, 2017.

enquanto a assistência se materializa no processo de delimitação do pedido considerando-se a finalidade almejada pelo solicitante (artigo 5).

Essas disposições, certamente, foram inspiradas em relatórios e decisões do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, que teve a oportunidade de discutir o acesso à informação por grupos vulneráveis em, pelo menos, uma decisão exemplar, considerando a “interdependência” e a “sinergia entre direitos humanos e meio ambiente”²². Fazendo referência à decisão no caso Kichwa de Sarayaku *versus* Equador²³, em 2012, ganha relevo o entendimento da Corte Interamericana sobre o caráter instrumental do direito de acesso à informação ambiental para garantia da consulta prévia, livre e informada dos povos indígenas e tribais, garantindo-se o direito à propriedade em consideração a sua identidade cultural e seu modo tradicional de vida. As decisões subsequentes, como o caso Claude Reyes *versus* Chile²⁴, passaram a fundar o direito de acesso à informação na liberdade de pensamento e expressão, preceito geral de proteção do direito para todos, inclusive os grupos vulneráveis. A decisão no primeiro caso, todavia, destaca a especificidade das circunstâncias que justificam o acesso à informação ambiental por indígenas e grupos tribais, cuja consideração deve inspirar a assistência preconizada pelos dispositivos anteriormente transcritos.

A isenção dos custos para acesso à informação ambiental, para esse grupo, é justificável. Se é verdade que a LAI estabelece semelhante isenção, igualmente relevante é reforçá-la, considerando que o fornecimento da informação pode implicar gastos expressivos, especialmente para fotocópia e expedição de documentos (artigo 5).

Efetivamente transformadora será a determinação abaixo transcrita:

6. A fim de facilitar que pessoas ou grupos em situação de vulnerabilidade tenham acesso à informação que os afete particularmente, cada Parte deverá fazer com que, conforme o caso, as autoridades competentes divulguem a informação

22 PERRUSO, Camila. Perspectivas do direito à informação ambiental no sistema interamericano de direitos humanos. In: GAUTREAU, Pierre; MONEBHURRUN, Nitisch (org.). *Direito à informação ambiental: uma agenda de pesquisa interdisciplinar*. Curitiba: Prismas, 2017. p. 293-312.

23 A decisão está disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf.

24 A decisão está disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf.

ambiental nos diversos idiomas usados no país e *elaborem* formatos alternativos compreensíveis para esses grupos, por meio de *canais de comunicação adequados* (artigo 6 – grifo nosso).

A *internet* popularizou-se como meio de divulgação por excelência dos dados e informações detidos por órgãos e entidades públicos, não somente pelo baixo custo da disponibilização como pela alta acessibilidade, como regra. No entanto, a vulnerabilidade que caracteriza determinados grupos pode determinar o uso do rádio e do papel (entregue por barco), em diferentes línguas, para que a informação ambiental alcance, efetivamente, quem dela precisa. A disponibilização de dados e informações em formatos alternativos deverá envolver o uso de técnicas de *design* de informação, recorrendo-se a gráficos, tabelas, linhas do tempo, esquemas e imagens para rápida absorção de um conhecimento tão complexo como o embutido na informação ambiental, regra geral. Essas competências para síntese e comunicação de informação devem estar contempladas na constituição das equipes de funcionários e servidores públicos envolvidos em projetos de transparência de dados e informações ambientais, inclusive.

Para além dos artigos que tratam do acesso à informação ambiental por pessoas e grupos em situações vulneráveis, o Acordo de Escazú, também, dispõe sobre as condições para afastar negativas de acesso para proteção de interesses privados, em prol da ampliação da transparência e da participação social. A princípio, a possibilidade de alegação de um interesse público relevante deveria afastar a restrição de acesso a informações, aplicando-se essa “exceção da exceção”. Assim, dispõe o Acordo:

9. Quando aplicar a prova de interesse público, a autoridade competente ponderará o interesse de reter a informação e o benefício público resultante de divulgá-la, com base em elementos de idoneidade, necessidade e proporcionalidade (artigo 5 – grifo nosso).

A LAI contém dispositivo semelhante, o qual permitiria afastar a proteção da privacidade em prol de um “interesse público geral e preponderante” (inciso V do parágrafo 3º do artigo 31). Todavia, essa previsão genérica não traz quaisquer balizas para aplicação, de modo que os parâmetros indicados no Acordo poderiam lhe conferir densidade suficiente para aplicação, nos casos concretos. Nessa linha, o dispositivo presente na LAI determina que a proteção da privacidade deve ceder espaço, em situações excepcionais, aos benefícios coletivos da transparência ambiental.

Aparentemente, o teste do interesse público, conforme proposto acima, se assemelharia a uma espécie de ponderação dos interesses em colisão (no caso da LAI, entre privacidade e acesso à informação, dois direitos fundamentais), exigindo-se avaliar os elementos designados como idoneidade, necessidade e proporcionalidade para se alcançar um resultado adequado. Essa ponderação assemelhar-se-ia, a princípio, com a Teoria Jurídica Geral dos Direitos Fundamentais conforme proposta por pelo jurista alemão Robert Alexy, a julgar pela redação *final* do teste do interesse público registrado no Acordo.

Com base em um conceito semântico de normas de direito fundamental, Alexy diferencia regras e princípios, propondo métodos para aplicação dessas normas. Considerando a existência de princípios como normas de direitos fundamentais, e que sua colisão se resolveria por meio do sopesamento de interesses, resultando em regras de precedência em condições determinadas, propõe a aplicação da máxima da proporcionalidade para fundamentação das regras de precedência. Adequação e necessidade, como elementos da máxima proporcionalidade, representariam critérios para se avaliarem as possibilidades fáticas para solução da colisão de princípios; o conceito de proporcionalidade, em sentido estrito, forneceria elementos para avaliação das possibilidades jurídicas²⁵.

Carlos Bernal Pulido materializa essa regra em uma equação, propondo uma escala de 1 a 3 para avaliar o peso concreto de cada princípio em colisão, o peso abstrato e a confiança dos argumentos e dos pressupostos que conduziram à avaliação dos pesos concreto e abstrato dos princípios em colisão. Em complemento à proposta de Alexy, Bernal indica que a avaliação das certezas das premissas, no que se refere à fixação do peso concreto de cada princípios em colisão, considere a existência de premissas normativas (posição jurídica à luz do conceito de pessoa e conteúdo da posição jurídica da norma) e empíricas (eficiência, velocidade, probabilidade, alcance e duração da medida), as quais avaliam o efeito que a medida em discussão, no caso concreto, teriam sobre os princípios. Também adverte quanto à alta carga ideológica subjacente à avaliação do peso abstrato do princípio, a qual “(...) depende da pesquisa, pelo

juiz, da melhor teoria substancial da constituição”²⁶.

No entanto, o teste do interesse público, conforme descrito na parte *inicial* do dispositivo transcrito trata de raciocínio muito mais simples, qual seja, um “teste de balanceamento”, avaliando-se se o interesse público em entregar a informação, no caso concreto, é maior do que o interesse privado de proteger a informação sigilosa. Esse balanceamento operaria por avaliação finalística, isto é, se a informação é fundamental para a finalidade da norma, qual seja, a transparência, o controle social e a participação social. Esse é o entendimento que se infere das leis de acesso à informação americana e irlandesa²⁷, por exemplo, que associam o balanceamento à possibilidade de afastar a proteção de interesses privados (especialmente da privacidade) para permitir ao público conhecer a forma como atuam os órgãos e entidades governamentais, isto é, provendo a abertura do Estado²⁸. Na Irlanda, a decisão que determina o acesso à informação privada pode ser objeto de recurso administrativo pelo titular da informação, previsão que não encontra apoio explícito no Acordo de Escazú. Juan Carlos Upegui Mejía rechaça veementemente o recurso à ponderação, conforme aplicado no México pelo Instituto Nacional de Acesso à Informação (INAI), que estaria recorrendo à teoria de Alexy para legitimação política de decisões que melhor seriam adotadas se aplicado o balanceamento²⁹.

Ao reunir, no mesmo dispositivo, dois diferentes métodos para solução de casos difíceis em matéria de proteção da privacidade e de acesso à informação ambiental (balanceamento de interesses *versus* ponderação de direitos fundamentais em colisão), o Acordo dificulta sua aplicação nos casos concretos, na contramão das conclusões recentes a partir da experiência regional³⁰.

26 PULIDO, Carlos Bernal. La racionalidad de la ponderacion. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Equador, 2008. p. 43-68.

27 Na página <https://www.foia.gov> é possível acessar a Lei de Liberdade de Informação americana e apresentar um pedido de acesso a informações. De igual modo, na página <https://foi.gov.ie> estão disponíveis informações e sistemas para acesso à informação na Irlanda.

28 LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio; POSADAS, Alejandro. Las pruebas de daño e interés público en materia de acceso a la información: una perspectiva comparada. *Derecho Comparado de la Información*, Cidade do México, n. 9, p. 21-65, 2007.

29 UPEGUI MEJÍA, Juan Carlos. Crítica a la ponderación como test de proporcionalidad para decidir sobre la publicidad de la información personal em poder del estado em Mexico. *Derecho Comparado de la Información*, Cidade do México, n. 10, p. 40-64, 2007

30 UPEGUI MEJÍA, Juan Carlos. Crítica a la ponderación como

25 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011.

A LAI, entretanto, pode apontar solução conciliadora, viabilizando o acesso a informações pessoais quando demonstrado interesse público geral e preponderante, no caso concreto. Essa alegação é ônus do solicitante, mas, por inexistência de disposição em contrário, também poderia ser avaliada de ofício pelo órgão que recebeu o pedido, considerando o princípio da máxima divulgação.

De modo geral, ambos os conceitos (pessoas e grupos em situação de vulnerabilidade e teste do interesse público) deverão ser aplicados sob a perspectiva do Princípio da Máxima Divulgação e da principal finalidade do quadro normativo de acesso a informações ambientais, qual seja, o de garantir a transparência como opção regulatória para proteção do meio ambiente. O recurso à lei para exercer mera curiosidade sobre os assuntos privados de terceiros, ou que implique injustificável sobrecarga para os órgãos e entidades públicos, poderá ser considerado para negativa do acesso a informações de natureza ambiental, com as cautelas e critérios discutidos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O quadro jurídico brasileiro para acesso à informação ambiental é dotado de um conjunto de disposições que, alinhado com padrões internacionalmente aceitos, garante procedimentos, prazos e condições para o exercício adequado desse direito fundamental.

Com a entrada em vigor da LAI, em maio de 2012, a transparência ativa de dados e informações, em matéria ambiental, ganhou novo impulso, considerando as determinações para abertura de conjuntos de dados pelos três poderes e esferas de governo, tornando-os disponíveis para reuso. No entanto, não necessariamente o acesso se tornou mais simples e útil para aqueles que não estão familiarizados com *softwares* de tratamento de dados, podendo representar restrição da participação social àqueles que possuem competências especializadas. Ao determinar que os Estados Parte adotem ações para viabilizar orientação e assistência a pessoas ou grupos em situação de vulnerabilidade, o Acordo de Escazú consolida precedentes do sistema interamericano

de proteção dos direitos humanos, especialmente dos povos indígenas e tribais, garantindo-lhes o direito à propriedade considerando sua identidade cultural e seu modo tradicional de vida. Para além da isenção de custos de reprodução de documentos, o Acordo determina, dentre outras obrigações, a disponibilização de dados e informações em formatos alternativos, demandando ações de *design* de informação, recorrendo-se a gráficos, tabelas, linhas do tempo, esquemas e imagens para rápida absorção de um conhecimento tão complexo como o embutido na informação ambiental, regra geral.

Para além das disposições que tratam do acesso à informação ambiental por pessoas e grupos em situações vulneráveis, o Acordo, também, trata das condições para afastar negativas de acesso à informação ambiental para proteção de interesses privados, em prol da ampliação da transparência e da participação social. A despeito de conter dispositivo semelhante (“interesse público geral e preponderante”), a LAI não traz quaisquer balizas para sua aplicação, de modo que os parâmetros indicados no Acordo poderiam lhe conferir densidade suficiente para aplicação, nos casos concretos. Todavia, o texto do Acordo parece dificultar a aplicação da regra, na medida em que reúne, no mesmo dispositivo, dois diferentes métodos para solução de casos difíceis em matéria de proteção da privacidade e de acesso a informação ambiental (balanceamento de interesses *versus* ponderação de direitos fundamentais em colisão). A LAI, portanto, constitui-se em fundamento para franquear o acesso à informação para a proteção ambiental que, também, se refira a pessoa natural identificada ou identificável, nos termos do inciso IV do artigo 4º. Desse modo, as inovações advindas do Acordo parcialmente incrementam a transparência ambiental em relação ao conjunto normativo atualmente em vigor.

Considerando-se a limitação de escopo da pesquisa, estudos comparados sobre avaliação de políticas públicas poderão contribuir para discussão interdisciplinar do tema. Do mesmo modo, pesquisas sob a perspectiva das relações de poder afetas ao direito fundamental de acesso à informação ambiental podem revelar conclusões interessantes para esse campo de pesquisa.

test de proporcionalidad para decidir sobre la publicidad de la información personal em poder del estado em Mexico. *Derecho Comparado de la Información*. Cidade do México, n. 10, p. 40-64, 2007.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALOGNA, Ivano; ALBUQUERQUE, Marcia Fajardo Cavalcanti de. Os modelos de divulgação de informação ambiental: experiências comparadas e perspectivas para o Brasil. In: GAUTREAU, Pierre; MONEBHURRUN, Nitisch (org.). *Direito à informação ambiental: uma agenda de pesquisa interdisciplinar*. Curitiba: Prismas, 2017.
- BALBINO, Michelle Lucas Cardoso. A participação social na construção do direito ambiental global. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 3, p. 79-104, 2017.
- BANISAR, David. *Freedom of information around the world 2006: a global survey of access to government information laws*. Londres: Privacy International, 2006.
- BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. *O Estado (in) transparente: limites do direito à informação socioambiental no Brasil*. 2008. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Sustentável) - Universidade de Brasília, Brasília, 2008.
- PULIDO, Carlos Bernal. La racionalidad de la ponderación. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Equador, 2008.
- CHOO, Chun Wei. *A organização do conhecimento: como as organizações usam a informação para criar significado, construir conhecimento e tomar decisões*. São Paulo: SENAC, 2003.
- Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). *O direito de acesso à informação no Marco Jurídico Interamericano*. 2011. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/20140519%20-%20port%20unesco%20-%20el%20derecho%20de%20acceso%20a%20la%20informacion%20a%20edicion%20adjusted.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2018.
- COSTA, Beatriz Souza; SAMPAIO, José Adércio Leite. Acesso à informação digital no Brasil em casos de acidentes: o exemplo da tragédia de Mariana. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 30, p. 77-98, 2017.
- CUNHA FILHO, Marcio Camargo; XAVIER, Vitor Cesar Silva. *Lei de acesso à informação: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; DISCACCIATI, Ana Clara Gonçalves. Acesso à informação ambiental: por um novo paradigma de participação. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 17, n. 3, p. 71-113, 2015.
- DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- GAUTREAU, Pierre. Entre democracia informacional y posneoliberalismo: una ecología política de los dispositivos de open data ambiental. In: GAUTREAU, Pierre; MONEBHURRUN, Nitisch (org.). *Direito à informação ambiental: uma agenda de pesquisa interdisciplinar*. Curitiba: Prismas, 2017.
- LANCHOTTI, Andressa de Oliveira; DIZ, Jamile Bergamaschine Mata. Direito de acesso à informação ambiental: da formalidade à efetividade dos direitos de acesso. *Revista de Direito e Sustentabilidade*. Curitiba, v. 2, n. 2, p. 130-148, 2016.
- LEUZINGER, Marcia Dieguez; SILVA, Solange Teles da. O princípio da participação e a criação e gestão das áreas protegidas na perspectiva do direito ambiental global. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 3, p. 134-146, 2017.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila; SANTOS JÚNIOR, Luís Haroldo Pereira dos. Minorias nacionais, proteção internacional e transnacionalidade. *Revista de Direito Internacional*. Brasília, v. 14, n. 3, p. 181-201, 2017.
- LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio; POSADAS, Alejandro. Las pruebas de daño e interés público en materia de acceso a la información: una perspectiva comparada. *Derecho Comparado de la Información*, Cidade do México, n. 9, p. 21-65, 2007.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito à informação e meio ambiente*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- MENDEL, Toby. *Liberdade de informação: um estudo de direito comparado*. 2. ed. Brasília: UNESCO, 2009.
- MICHENER, Gregory. Assessing freedom of information in Latin America a decade later: illuminating a transparency causal mechanism. *Journal of Latin American Politics and Society*, Miami, v. 57, n. 3, p. 11-99, 2015.
- MONEBHURRUN, Nitisch. Estudo comparativo do Direito de acesso à informação ambiental na Argentina, no Brasil e na Bolívia: medindo os tons da transparência ambiental. In: GAUTREAU, Pierre; MONEBHURRUN, Nitisch (org.). *Direito à informação ambiental: uma agenda de pesquisa interdisciplinar*. Curitiba: Prismas,

2017.

MORESO, José Juan. Alexy y la aritmética de la ponderación. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *El principio de proporcionalidade y la interpretación constitucional*. Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento*. 1992. Disponível em: <http://portal.iphlan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Carta%20do%20Rio%201992.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2018.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*. 1992. Disponível em: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Minorities/Booklet_Minorities_Spanish.pdf. Acesso em: 11 nov. 2018.

Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Access to Public Information in Latin America. In: OPEN Government in Latin America. Paris: OCDE, 2014. Disponível em: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/open-government-in-latin-america/access-to-public-information-in-latin-america_9789264223639-6-en#page28. Acesso em: 11 nov. 2018.

PAES, Luciano Marcos. Participação popular e acesso à informação ambiental para preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v.5, n. 2, p. 277-287, 2015.

PERRUSO, Camila. Perspectivas do direito à informação ambiental no sistema interamericano de direitos humanos. In: GAUTREAU, Pierre; MONEBHURRUN, Nitisch (org.). *Direito à informação ambiental: uma agenda de pesquisa interdisciplinar*. Curitiba: Prismas, 2017.

POMADE, Adélie. El derecho a la información medioambiental: enfoque comparativo Francia-Brasil. In: GAUTREAU, Pierre; MONEBHURRUN, Nitisch (org.). *Direito à informação ambiental: uma agenda de pe-*

quisa interdisciplinar. Curitiba: Prismas, 2017.

POZEN, David E. Transparency's Ideological Drift. *Yale Law Journal*, set. 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3120807. Acesso em: 11 nov. 2018.

SANDRA, Nicolle; MAYA, Leroy. Compartilhar y difundir datos públicos medioambientales: estrategias en la amazonia francesa y brasileña. In: GAUTREAU, Pierre; MONEBHURRUN, Nitisch (org.). *Direito à informação ambiental: uma agenda de pesquisa interdisciplinar*. Curitiba: Prismas, 2017.

SANTANA, Ana Cláudia Farranha; SUGUIURA, Carolina. Acesso à informação ambiental e considerações metodológicas sobre avaliação: é possível identificar como funcionam os sistemas de informação? In: GAUTREAU, Pierre; MONEBHURRUN, Nitisch (org.). *Direito à informação ambiental: uma agenda de pesquisa interdisciplinar*. Curitiba: Prismas, 2017.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, Thiago Antunes da. Avaliação do acesso ao SINIMA – Sistema Nacional de Informação sobre o meio ambiente. *Perspectivas em Ciência da Informação*, Belo Horizonte, v. 12, n. 3, p. 41-53, 2007.

SOLOVE, Daniel J. *Understanding Privacy*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

UPEGUI MEJÍA, Juan Carlos. Crítica a la ponderación como test de proporcionalidad para decidir sobre la publicidad de la información personal em poder del estado em Mexico. *Derecho Comparado de la Información*, Cidade do México, n. 10, p. 40-64, 2007.

VLEUGELS, Roger. *Overview of all FOI laws*. Disponível em: http://www.right2info.org/resources/publications/laws-1/ati-laws_fringe-special_roger-vleugels_2011-oct. Acesso em: 11 nov. 2018.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Dos povos nativos ao surgimento dos movimentos sociais: influências dos discursos jurídicos, religiosos e médicos para a construção do conceito de homossexualidade no Brasil

From indigenous peoples to the emergence of social movements: influences of legal, religious and medical discourses on the construction of the concept of homosexuality in Brazil

Bruno Rafael Silva Nogueira Barbosa

Robson Antão de Medeiros

Dos povos nativos ao surgimento dos movimentos sociais: influências dos discursos jurídicos, religiosos e médicos para a construção do conceito de homossexualidade no Brasil*

From indigenous peoples to the emergence of social movements: influences of legal, religious and medical discourses on the construction of the concept of homosexuality in Brazil

Bruno Rafael Silva Nogueira Barbosa**

Robson Antão de Medeiros***

RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar, historicamente, os discursos jurídicos, religiosos e médicos a respeito da homossexualidade. O método de pesquisa utilizado na elaboração desse estudo é de abordagem qualitativa, em relação aos objetivos, constitui pesquisa exploratória e, quanto aos procedimentos, é uma pesquisa bibliográfica e documental. Os referenciais teóricos utilizados neste trabalho foram coletados nas bases de dados Scielo e Google Acadêmico. Verificou-se, como resultado desse estudo, que o estigma social direcionado à população LGBTQ+ na atualidade é produto de diferentes discursos direcionados a esses sujeitos ao longo da história. Os discursos jurídicos, religiosos e médicos foram fundamentais para a construção desse estigma. Desse modo conclui-se que esses discursos são utilizados, na atualidade, para se justificar a discriminação, o preconceito e desumanização de pessoas LGBTQ+. Assim, a realização de novas pesquisas científicas que ajudem a entender a complexidade dos discursos produzidos sobre a categoria “homossexualidade” tornam-se instrumentos relevantes para a produção de novos conhecimentos que visem desconstruir visões negativas sobre esses sujeitos. O presente trabalho se mostra fundamental ao traçar uma breve cronologia do histórico da construção da identidade do “sujeito homossexual” desde a aceitação social dos povos nativos brasileiros, passando pelo pecado da sodomia e da criminalização penal com a chegada dos portugueses, da patologização, até o surgimento dos movimentos sociais.

Palavras-chave: Homossexualidade. Direito. Religião. Estado. Estigma.

* Recebido em: 30/09/2018
Aprovado em: 29/11/2018

** Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal da Paraíba. Mestrando em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas pela Universidade Federal da Paraíba. E-mail: bruno-dj15@hotmail.com

*** Professor Associado da Faculdade de Direito/UFPB. Professor do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas/UFPB. Pós-Doutor em Direito/Universidade de Coimbra. Doutor em Ciências da Saúde/UFRN. Mestre em Ciências Jurídicas/UFPB. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais/UFPB. E-mail: robson.antao@gmail.com

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze historically the legal, religious and medical discourses regarding homosexuality. The research method used in the elaboration of this study is a qualitative approach, in relation to the objectives it is an exploratory research and in terms of procedures it is a bibliographical and documentary research. The theoretical references used in this work were collected in the Scielo and Google Academic databases. It was verified, as a result of this study, that the social stigma directed to the LGBT+ population, in the present time, is a product of different discourses directed to these subjects throughout history. The legal, religious and medical discourses were fundamental in the construction of such stigma. In this way, it is concluded that these discourses are currently used to justify the discrimination, prejudice and dehumanization of LGBT+ people. Thus, the realization of new scientific research that helps to understand the complexity of the discourses produced on the category “homosexuality”, become relevant instruments in the production of new knowledge that aims to deconstruct negative visions about these subjects. The present work is fundamental to draw a brief chronology of the history of the construction of the identity of the “homosexual subject” from the social acceptance of the Brazilian native peoples, through the sin of sodomy and criminal criminalization with the arrival of the Portuguese, pathologization until the emergence of social movements.

Keywords: Homosexuality. Right. Religion. State. Stigma.

1. INTRODUÇÃO

A população LGBT+¹ encontra-se atualmente impregnada com um estigma social construído histórica-

mente sobre as práticas sexuais divergentes da norma estabelecida socialmente. O imaginário social apresenta dimorfismo estruturado dos corpos em que os sujeitos são direcionados a uma polarização que em tese determinará o seu papel social, seus desejos e comportamentos. Essas diretrizes são utilizadas na contemporaneidade como justificativas para o preconceito e a discriminação direcionadas a esses sujeitos, servindo até mesmo de fundamento para legitimar a marginalização, desumanização e assassinatos de pessoas LGBT+.

A sociedade brasileira tomou como parâmetro a cis-heterossexualidade enquanto norma social, estabelecendo, dessa forma, uma hierarquização dos sujeitos. Legitimaram-se instituições e valores baseados nessa cis-heterossexualidade fazendo com que as pessoas não cis-heterossexuais fossem gravemente condenadas com base nesse discurso hegemônico construído fundamentalmente por discursos religiosos e médico-científico. Foram esses valores que serviram de argumento para a discriminação negativa e a punição de diversos comportamentos sexuais, com base em acusação de crime, pecado ou doença².

Nesse sentido, a homossexualidade é vista muitas vezes como uma combinação de pecado-doença-crime. Esse fator desperta diversas formas de rejeição a esses sujeitos, tornando esse grupo, um dos mais afetados pelas “complexas lógicas de intolerância, preconceito e discriminação”³.

Dados divulgados pelo Grupo Gay da Bahia – GGB apontam o crescimento do número de assassinatos e suicídios de pessoas LGBT+ no Brasil, saltando de 130 (2000) para 260 (2010) e 445 (2017). Em 2017, foram 387 assassinatos e 58 suicídios, vítimas de homotransfobia no Brasil, estando incluído nesses números a morte de três nacionais em outros países. Esse número representa um crescimento de 30% no número de mortes de pessoas LGBT+ se comparado aos números de mortes de 2016 (343 mortes)⁴.

O Brasil é o líder mundial em crimes contra as mino-

1 Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgêneros. Optamos por utilizar o sinal de mais “+” presente na sigla para representar a inclusão das demais letras dessa população como assexuais, intersexuais etc. Pois, entendemos que ao utilizarmos as siglas LGBT, LGBTI, LGBTIQ e outras, poderíamos estar desconsiderando outras possibilidades e desse modo “não representar todas as possibilidades a partir do que as pessoas lidam com suas próprias identidades, singularidades e sexualidades”. FERREIRA, Gustavo Bussmann. A proteção da orientação sexual e identidade de gênero diversas na corte penal internacional: entre realpolitik e os direitos humanos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, p. 312-329, 2017. p. 320.

2 PRADO, Marco Aurélio Máximo; MACHADO, Frederico Vianna. *Preconceito contra homossexualidades: a hierarquia da invisibilidade*. São Paulo: Cortez, 2017.

3 BATALHA, Gláucia Fernanda Oliveira Martins. Orientação sexual e discriminação no ambiente laboral. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 369-383, 2013. p. 371.

4 GRUPO GAY DA BAHIA. *Relatório de assassinatos de LGBT no Brasil*. 2017. Disponível em: <http://pt.calameo.com/read/004650218f3258a331907>. Acesso em: 01 mar. 2018.

rias sexuais, o grupo aponta que “matam-se muitíssimo mais homossexuais aqui do que nos 13 países do Oriente e África onde há pena de morte contra os LGBT”⁵. A Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexuais (ILGA) em seu informe “*Homofobia de Estado: estudio jurídico mundial sobre la orientación sexual en el derecho: criminalización, protección y reconocimiento*” sinalizou em maio de 2017 a inexistência em 124 Estados, sendo 122 membros das Organizações das Nações Unidas – ONU mais Taiwan e Kosovo, de leis que criminalizassem as relações sexuais consensuais entre pessoas adultas do mesmo sexo em âmbito privado. Já a criminalização dessas relações sexuais consensuais entre pessoas adultas do mesmo sexo está presente em 72 países. Em 42 desses Estados, há a criminalização dessas relações independentemente do gênero. Foi identificado, ainda, que, em 8 Estados, ocorre a aplicação da pena de morte para essas relações consensuais de pessoas adultas em espaço privado. Essa organização assinala que desses Estados “quatro (4) Estados soberanos aplicam a pena de morte em 2017, enquanto em dois (2) Estados ela é aplicada em certas jurisdições de seu território sob a lei islâmica da Sharia. Por último, os atores não estatais aplicam-no em dois (2) outros estados”⁶.

Assim, julga-se, como Santos⁷, que, ao se trabalharem questões relacionadas às sexualidades na contemporaneidade, torna-se “imprescindível direcionarmos nosso olhar à sua historicidade e à complexidade das suas construções sócio-histórico-culturais” pois não poderia considerá-las como um objeto em si que seja natural e atemporal, afinal, ao tomar essa compreensão, estaríamos cometendo um equívoco, o que “não nos permitiria apreendê-las em seus componentes heterogêneos e em suas articulações com a política, com as formas de exercício de poder e com os modos de subjetivação e de sujeição”.

Portanto, o presente trabalho possui como objetivo justamente realizar breve resgate histórico sobre a

construção do conceito de homossexualidade no Brasil, apresentando alguns dos principais discursos que contribuíram para a construção do estigma social que se encontra impregnado na concepção de homossexualidade. Salientamos a importância em compreender que os termos construídos durante esse histórico abrangiam muitas vezes todas as pessoas LGBT+ sem distinção com relação à identidade de gênero ou orientação sexual. Existia uma “confusão” e indissociação de tais conceitos, por isso, há uma dificuldade em realizar tal distinção nesse histórico em termos de literatura disponível.

Borrillo⁸ compreende que os elementos precursores da hostilidade direcionada às pessoas com orientações sexuais, atualmente consideradas desviantes, foram emanadas da tradição judaico-cristã. O pensamento pagão considerava as práticas entendidas na contemporaneidade como homossexuais apenas como um dos elementos constitutivos da vida do sujeito. Esse autor afirma que foi com a hostilidade da Lei judaica que se começou a situar esses atos e, posteriormente, as pessoas “praticantes” fora da salvação e a margem da natureza. É nesse sentido que o autor assevera que:

O cristianismo triunfante transformará essa exclusão da natureza no elemento precursor e capital da ideologia homofóbica. Mais tarde, se o sodomita é condenado à fogueira, se o homossexual é considerado um doente suscetível de ser encarcerado ou se o perverso acaba seus dias nos campos de extermínio, é por que eles deixam de participar da natureza humana. A desumanização foi, assim, a *conditio sine qua no* da inferiorização, da segregação e da eliminação dos “marginais em matéria de sexo”⁹.

Foucault¹⁰ aponta, baseado em pesquisas realizadas por Paul Veyne, que a sociedade romana já tinha estabelecido uma moral, da monogamia, da sexualidade e da reprodução antes da religião cristã, portanto, ela não seria totalmente responsável pelas proibições e limitações a respeito da sexualidade atribuídas a ela. Esse autor compreende que o papel do cristianismo na história da sexualidade não foi o de introduzir novas ideias morais assim como também não foi com a introdução deste que se deu respaldo para a imposição de novas interdições. Ele entende que o cristianismo trouxe de fato

5 GRUPO GAY DA BAHIA. *Relatório de assassinatos de LGBT no Brasil*. 2017. Disponível em: <http://pt.calameo.com/read/004650218f3258a331907>. Acesso em: 01 mar. 2018.

6 CARROLL, Aengus; MENDÓS, Lucas Ramón. *Homofobia de Estado: estudio jurídico mundial sobre la orientación sexual en el derecho: criminalización, protección y reconocimiento*. 17. ed. Gêbra: ILGA, 2017. (Tradução nossa)

7 SANTOS, Daniel Kerry dos. As produções discursivas sobre a homossexualidade e a construção da homofobia: problematizações necessárias à psicologia. *Revista Epos*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 1-25, 2013. p. 2.

8 BORRILLO, Daniel. *Homofobia: história e crítica de um preconceito*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010.

9 BORRILLO, Daniel. *Homofobia: história e crítica de um preconceito*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010. p. 43-44.

10 FOUCAULT, Michel. *Ética, sexualidade, política*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

novas técnicas para a construção da história da moral sexual. Assim, para esse autor, foram as

Novas técnicas para impor essa moral ou, na verdade, um novo ou um conjunto de novos mecanismos de poder para inculcar esses novos imperativos morais, ou melhor, esses imperativos morais que haviam deixado de ser novos no momento em que o cristianismo penetrou no Império Romano e se tomou, muito rapidamente, a religião do Estado. Portanto, é mais do lado dos mecanismos de poder do que do lado das idéias morais e das proibições éticas que é preciso fazer a história da sexualidade no mundo ocidental desde o cristianismo¹¹.

O mecanismo de poder ou o pastorado é a contribuição dada pelo cristianismo, o que até então nunca havia existido na antiguidade grega e romana, segundo Foucault¹² “o pastorado trouxe consigo toda uma série de técnicas e de procedimentos que concerniam à verdade e à produção da verdade”.

Nesse mesmo sentido, Ceccarelli¹³ aponta que o cristianismo preservou um legado de hostilidade ao prazer e ao corpo, mas que não poderia atribuir a ele o ascetismo em relação aos prazeres mesmo que “as bases dos valores ético-morais de nossa cultura encontre suas raízes na tradição judaico-cristã” afirmando ainda que esse “legado pessimista” advém, especialmente, das considerações médicas.

Ceccarelli¹⁴ assinala que a tradição judaico-cristã “acrescida da concepção teológica de uma Natureza (*physis*) herdeira do pensamento grego, em particular de Aristóteles” originou os discursos sobre a separação das práticas sexuais em “normais” e “anormais”. Esse discurso defende que os sujeitos que vão contra a sexualidade construída como norma estará indo “contra a natureza” pensamento esse que sustenta a existência de “inclinações naturais nas coisas” e tudo que é natural agrada a Deus e o que se desvia desse caminho é considerado “contra a natureza”. Esse autor compreende, ainda, que esse discurso teológico está na origem das ações jurídicas que visavam reprimir os atos desviantes da norma sexual.

Foi com essa leitura das práticas homoeróticas que os portugueses chegaram as terras do Novo Mundo. Encontraram nessas terras leituras distintas sobre essas práticas que se chocavam com as concepções de normalidade que eles possuíam construídas com base em uma naturalização dos papéis sexuais dos sujeitos com fundamento na reprodução.

Silva e Barbosa¹⁵ apontam que, diferentemente do imaginário social, os primeiros habitantes do Brasil possuíam formulações de conceitos de sociedade, política e organização de regras de convivência. Dentre elas estariam visões distintas sobre o sentido das práticas homossexuais em meio social, em que diversas tribos realizavam práticas consideradas atualmente como não heteronormativas e as consideravam normais.

Com base nesse “choque” de interpretações sobre um mesmo modo de exercício da sexualidade humana, podem-se explorar, de um ponto de vista histórico, as influências que os dogmas/concepções/normas advindos e impostos com a colonização trouxeram para a realidade contemporânea das pessoas LGBT+ no Brasil no que tange aos processos discriminatórios, preconceituosos e estigmatizantes que sofrem os membros dessa parcela da população.

Portanto, serão compreendidas, ao longo deste estudo, as influências que a religião teve para a moralidade sexual no Brasil desde a chegada dos portugueses. Citeli¹⁶ menciona a hegemonia da Igreja Católica como reflexo da influência que ela teve “nas esferas política, social e, sobretudo, na codificação e normatização da esfera moral — particularmente da moral sexual”. Compreende-se que a sexualidade é “socialmente construída, uma vez que é marcada e controlada por conceitos historicamente elaborados”¹⁷, assim como Peter Fry¹⁸ que utilizou como pressuposto de seu ensaio, do mesmo modo que se coloca nesse trabalho, que a sexualidade, assim como a totalidade do que se considera a princípio

11 FOUCAULT, Michel. *Ética, sexualidade, política*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 65.

12 FOUCAULT, Michel. *Ética, sexualidade, política*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 69.

13 CECCARELLI, Paulo Roberto. Sexualidade e preconceito. *Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental*, São Paulo, v. 3, n. 3, p. 18-37, jul./set., 2000. p. 21.

14 CECCARELLI, Paulo Roberto. Sexualidade e preconceito. *Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental*, São Paulo, v. 3, n. 3, p. 18-37, jul./set., 2000. p. 24.

15 SILVA, Laionel Vieira da; BARBOSA, Bruno Rafael Silva Nogueira. Entre cristianismo, laicidade e estado: as construções do conceito de homossexualidade no Brasil. *Mandrágora*, São Paulo, v. 21, n. 2, p. 67-88, 2015.

16 CITELI, Maria Teresa. *A pesquisa sobre sexualidade e direitos sexuais no Brasil (1990- 2002): revisão crítica*. Rio de Janeiro: CEPESC, 2005. p. 58.

17 FREIRE, Lucas de Magalhães. De sodomitas a homossexuais: a construção de uma categoria social no Brasil. *Habitus*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 88-100, 2012. p. 88.

18 FRY, Peter. *Para inglês ver: identidade e política na cultura brasileira*. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1982. p. 87.

natural, “é limitada e controlada através de conceitos e categorias construídas historicamente”. Sendo assim, “a própria constituição do sujeito homossexual é também uma constituição histórica”¹⁹.

Esses entendimentos justificam a necessidade da presente pesquisa, pois se pondera assim como Peter Fry²⁰ que “é impossível estudar qualquer fenômeno social nas suas manifestações ao nível individual sem primeiro entender o universo de representações dentro do qual o indivíduo se move como ator social”, da mesma forma como ocorre ao se estudar esses fenômenos em populações/grupos.

2. A CHEGADA DOS COLONIZADORES E O PECADO DA SODOMIA NO BRASIL: DE ACEITAÇÃO SOCIAL AO PECADO NEFANDO

É evidente, que, de um ponto de vista fenomenológico, essa atração entre pessoas do mesmo sexo existe desde a aurora da humanidade em sua universalidade de culturas. O que determinaram o tratamento para esses sujeitos foi a época e o local em que essas pessoas estavam inseridas, sendo prática comum e tolerada na Grécia, Pérsia, Roma e China e condenada entre os assírios, os hebreus e os egípcios²¹.

Diversas evidências apontam a aceitabilidade social dos amores entre pessoas do mesmo sexo, sendo esta uma das alternativas eróticas aceitas socialmente antes da chegada dos portugueses no Brasil²². Portanto, nesse momento essa vivência da sexualidade considerada atualmente como homossexual se apresentava no meio social como completamente dentro da norma estabelecida até então para algumas das tribos dos primeiros habitantes do Brasil.

Ao chegarem às novas terras, os colonizadores, possuíam arraigados em suas consciências um sentimento

anti-homossexual, imputando a existência desses denominados sodomitas a ira divina e, por esse motivo, essas pessoas eram ameaçadas de serem lançadas ao mar ou gravemente agredidas no decorrer das viagens²³. Nesse processo de aculturação e colonização, foi implantado na colônia a ordem jurídico-político-cultural existente em Portugal, começando assim o processo de criminalização das relações homossexuais²⁴. Em meados do século XVI, com a chegada dos primeiros jesuítas, foi noticiado a existência do “mau pecado” entre os ameríndios de ambos os sexos²⁵.

Na segunda metade do século XVI, foram relatadas as primeiras referências ao “pecado nefando” e “sodomia”, relatos da homossexualidade indígena, de modo especial aos Tupinambá, por autores como “Gaspar de Carvajal (1540), Padre Manuel da Nóbrega (1549), Padre Pero Correia (1551), Jean de Léry (1557), Pero de Magalhães Gandavo (1576) e Gabriel Soares de Sousa (1587)”²⁶. Esse pesquisador menciona, ainda, que esses autores traziam, em seus relatos, o sentido de que tal prática era aceita pelos indígenas.

Em 1549 o Padre Manoel da Nóbrega menciona, em um de seus relatos, a sua visão sobre a existência desse pecado nefando nas terras do novo mundo, ele relata que “os índios do Brasil cometem pecados que clamam aos céus e andam os filhos dos cristãos pelo sertão perdidos entre os gentios, e sendo cristãos vivem em seus bestiais costumes”²⁷.

Gabriel Soares de Souza também relata que, na Bahia, no ano de 1587:

23 MOTT, Luiz. Anti-homossexualidade: a gênese da homofobia. *Revista de Estudos de Cultura*, São Cristóvão, n. 2, p. 15-32, maio/ago. 2015.

24 PRETES, Érika Aparecida; VIANNA, Túlio. História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo. In: LOBATO, Wolney; SABINO, Cláudia de Vilhena Schayer; ABREU, João Francisco de (org.) *Iniciação Científica: destaques 2007*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2008. v. 1. p. 313-392.

25 MOTT, Luiz. Igreja e homossexualidade no Brasil: cronologia temática, 1547-2006. In: CONGRESSO INTERNACIONAL SOBRE EPISTEMOLOGIA, SEXUALIDADE E VIOLÊNCIA, 2., 2006, São Leopoldo. *Anais [...]*. São Leopoldo, 2006.

26 FERNANDES, Estevão Rafael. Quando o armário é na aldeia: colonialidade e normalização das sexualidades indígenas no Brasil. In: SIMPÓSIO LINGUAGENS E IDENTIDADES DA/NA AMAZÔNIA SULOCIDENTAL, 1, 2016, Acre. *Anais [...]*. Acre: UFAC, 2016. p. 1-10.

27 MOTT, Luiz. Igreja e homossexualidade no Brasil: cronologia temática, 1547-2006. In: CONGRESSO INTERNACIONAL SOBRE EPISTEMOLOGIA, SEXUALIDADE E VIOLÊNCIA, 2., 2006, São Leopoldo. *Anais [...]*. São Leopoldo, 2006.

19 DINIS, Nilson Fernandes; CAVALCANTI, Roberta Ferreira. Discursos sobre homossexualidade e gênero na formação em pedagogia. *Pro-posições*, Campinas, v. 19, n. 2, p. 99-109, maio/ago. 2008. p. 100.

20 FRY, Peter. *Para inglês ver*: identidade e política na cultura brasileira. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1982. p. 87.

21 CECCARELLI, Paulo Roberto. A invenção da homossexualidade. *Bagoas-Estudos gays*: gêneros e sexualidades, Natal, v. 2, n. 02, p. 71-93, nov. 2008.

22 MOTT, Luiz. Etno-História de la homosexualidad en América Latina. *Historia y sociedad*, Medellín, n. 4, p. 123-144, 1997.

Os Tupinambá, não contentes em andarem tão encarniçados na luxúria naturalmente cometida, são muito afeiçoados ao pecado nefando, entre os quais se não tem por afronta. E o que se serve de macho se tem por valente e contam esta bestalidade por proeza. E nas suas aldeias pelo sertão há alguns que têm tenda pública a quantos os querem como mulheres públicas²⁸.

Já Gilberto Freyre²⁹, em sua obra intitulada “casa-grande & senzala”, com primeira publicação datada de 1933, refere-se à bissexualidade como uma vivência da sexualidade aparentemente comum, aceitável e respeitável entre os povos indígenas brasileiros.

A própria couvade, complexo de cultura tão característico das tribos brasílicas, talvez possa alguém arriscar-se a interpretá-la pelo critério da bissexualidade. Notada entre povos que em geral respeitam, em vez de desprezar ou ridicularizar, os efeminados, e enxergam neles poderes ou virtudes extraordinárias, é possível que o costume da couvade se tenha originado desses diferenciados sexuais: indivíduos de forte influência e sugestão mística sobre a maioria³⁰.

Por sua vez, o antropólogo Darcy Ribeiro também menciona a existência de práticas consideradas atualmente como homossexuais entre os indígenas e demonstra ser algo comum para eles.

Há documentos já do século passado sobre a existência de homossexualismo entre tribos do Brasil. Inclusive entre os /cadiué / que eu estudei. Eles chamam o homossexual de /kudina./ O /kudina /é um homem mulher, ou um homem que decidiu ser mulher. Ele se veste como mulher, pinta o corpo como uma mulher - e menstrua³¹.

Entretanto, essa prática do “mau pecado” era concebida pelos documentos papais como “o mais torpe, sujo e desonesto pecado, o mais aborrecido a Deus”³². Seria dessa forma vista como uma prática abjeta, visão essa que foi utilizada como uma das justificativas para a

colonização, usando principalmente da conversão com base no medo³³.

Os colonizadores temiam o “contágio” dessas práticas tidas como pecaminosas. O sentimento de receio e o medo de serem contaminados foi amplificado quando chegaram as primeiras pessoas escravizadas da Guiné, tendo em vista que havia, no continente Africano, o reconhecimento dos portugueses da existência da prática desse pecado e da aceitação social e até mesmo divinização³⁴. Esse autor afirma não ser por menos que a primeira travesti registrada na história do Brasil era uma negra, Francisco Manicongo, pertencente a uma seita de temidos feiticeiros homossexuais de tradição banto.

Nesse sentido o jesuíta Pero Correia descreve em 1551 que:

O pecado contra a natureza, que dizem ser lá em África muito comum, o mesmo é nesta terra do Brasil, de maneira que há cá muitas mulheres que assim nas armas como em todas as outras coisas, seguem ofício de homens e tem outras mulheres com que são casadas. A maior injúria que lhes podem fazer é chamá-las mulheres³⁵.

A Igreja Católica ao deparar-se com a existência do pecado nefando em diversas tribos indígenas na América, como parte de sua conquista, impôs a proibição da sodomia para essas culturas indígenas, assim como também, concomitantemente, controlava os comportamentos sexuais dos colonizadores³⁶. Esses relatos sobre as práticas sexuais indígenas que se encontram na literatura são apontados por Fernandes³⁷ como formas de demonstração por parte dos portugueses da necessidade da incorporação desses sujeitos ao sistema hegemônico para o bem deles e do reino, servindo, portanto, para ilustrar que eles precisavam ser colonizados, escravizados ou mortos.

28 MOTT, Luiz. Anti-homossexualidade: a gênese da homofobia. *Revista de Estudos de Cultura*, São Cristóvão, n. 2, p. 15-32, maio/ago. 2015. p. 28.

29 FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e senzala*. formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. São Paulo: Global, 2003.

30 FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e senzala*. formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. São Paulo: Global, 2003. p. 186.

31 RIBEIRO, Darcy. Lições de humanismo dos índios do Brasil. *Psicologia Atual*, n. 4, p. 43-46, [s.d.]. p. 46.

32 MOTT, Luiz. Igreja e homossexualidade no Brasil: cronologia temática, 1547-2006. In: CONGRESSO INTERNACIONAL SOBRE EPISTEMOLOGIA, SEXUALIDADE E VIOLÊNCIA, 2., 2006, São Leopoldo. *Anais* [...]. São Leopoldo, 2006.

33 FERNANDES, Estevão Rafael. Quando o armário é na aldeia: colonialidade e normalização das sexualidades indígenas no Brasil. In: SIMPÓSIO LINGUAGENS E IDENTIDADES DA/NA AMAZÔNIA SULOCIDENTAL, 1, 2016, Acre. *Anais* [...]. Acre: UFAC, 2016. p. 1-10.

34 MOTT, Luiz. Anti-homossexualidade: a gênese da homofobia. *Revista de Estudos de Cultura*, São Cristóvão, n. 2, p. 15-32, maio/ago. 2015.

35 MOTT, Luiz. Igreja e homossexualidade no Brasil: cronologia temática, 1547-2006. In: CONGRESSO INTERNACIONAL SOBRE EPISTEMOLOGIA, SEXUALIDADE E VIOLÊNCIA, 2., 2006, São Leopoldo. *Anais* [...]. São Leopoldo, 2006.

36 GREEN, James N. A luta pela igualdade: desejos, homossexualidade e a esquerda na América Latina. *Cadernos AEL*, Campinas, v. 10, n. 18/19, p. 15-41, 2003.

37 FERNANDES, Estevão Rafael. O que a homossexualidade indígena pode ensinar sobre colonialismo – e como resistir a ele. *Somanlu*, Manaus, v. 17, n. 1, p. 103-118, fev. 2017.

Mott³⁸ enumerou as etnias no Brasil, do passado e presente, por meio de evidências arqueológicas, históricas, etnográficas ou linguísticas que existiam/existem práticas consideradas atualmente como homossexuais. São elas: Bororó, Tupinambá, Guatós, Panaré, Wai-wai, Xavante, Trumai, Tubirá, Guaicurú, Xamicos, Kaingaiç, Nambiquara, Tenehara, Yanomani, Mehinaku, Camaiurá, Cubeo e Guaiacuil. Esses dados apontados por esse autor ratificam a universalidade temporal e espacial das práticas não cis-heteronormativas, retirando, assim, o misticismo criado de que os europeus introduziram essas práticas tidas, atualmente, como desviantes no novo mundo³⁹.

Silva e Barbosa⁴⁰, em pesquisa realizada no ciberespaço, apresentam em seu trabalho um ponto de vista de um internauta, o qual transcreve-se a seguir, que reflete justamente a presença desse misticismo no imaginário social contemporâneo. Esse internauta afirma que está “começando a achar que esse mau (gays) é culpa dos portugueses. Quando Pedro Álvares Cabral chegou ao nosso país dominados por índios deveria vim algum gay incubado nas caravelas”. Dessa forma é perceptível que esse internauta cogita a hipótese de se estabelecer a homossexualidade como sendo uma prática introduzida pelos portugueses ao desembarcarem no Brasil como se antes da chegada desses sujeitos não houvessem tais práticas homossexuais.

Além da presença desse misticismo na população “não indígena” ele ainda se encontra muito presente em discursos propagados atualmente por indígenas de que os indígenas homo/trans/bi/queer só são assim pelo fato de terem perdido a sua cultura, sendo vistos como menos índios do que os outros. Além disso, Fernandes⁴¹ afirma ainda que, ao longo de suas pesquisas, já se deparou com distintas histórias de tolerância e respeito como também outras que estavam relacionadas a preconceito e exclusão, “algumas vezes chegando ao suicídio de jovens indígenas homossexuais, expulsos de suas

comunidades”.

Esse autor, em outro trabalho, aponta que esse discurso da “perda cultural” ainda é bastante frequente, sendo este um dos principais motivos do preconceito e estigma dirigidos aos indígenas homossexuais que levam a agressões físicas, assassinatos e suicídios⁴².

É perceptível que a criminalização e o ódio direcionado as pessoas LGBT+ no Brasil são frutos dos valores construídos a partir de uma “dominação cultural e religiosa portuguesa”. Esses valores são moldados por meio do embate de culturas distintas em que, por meio de um “processo de dominação”, os povos indígenas vencidos no confronto foram “catequizados” pela cultura dominante, assim como seus significados sociais sobre diversos temas como família, moral e papéis sociais⁴³. Fernandes⁴⁴ destaca que “a colonização das sexualidades indígenas é um conjunto de processos de longa duração, incluindo uma série de pequenas ações cotidianas articuladas entre si, de modo a normalizar a vida indígena, moldando-os ao sistema moral hegemônico”.

3. A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOSSEXUALIDADE NO BRASIL: DE PECADO MORAL À TIPIIFICAÇÃO PENAL

Surgiram, nos Cancioneiros a partir do século XIII, as primeiras menções sobre a homossexualidade na história do reino português, “onde diversos homens do povo e da nobreza são referidos como amantes da cópula per annum, distinguindo-se desde já dois papéis sexuais: o ativo *fodincu* e o passivo *fodidincu*”⁴⁵. Esse autor ainda sustenta que o termo *fodidincu* foi utilizado como insulto chegando a ser penalizado com cinco açoites.

38 MOTT, Luiz. Etno-Historia de la homosexualidad en América Latina. *Historia y sociedad*, Medellín, n. 4, p. 123-144, 1997.

39 MOTT, Luiz. Etno-Historia de la homosexualidad en América Latina. *Historia y sociedad*, Medellín, n. 4, p. 123-144, 1997.

40 SILVA, Laionel Vieira da; BARBOSA, Bruno Rafael Silva Nogueira. Preconceito contra usuários do programa transcidadania. In: OLIVEIRA, Antônio Deusivam de; PINTO, Cristiano Rosalino Braule. *Transpóliticas públicas*. Campinas: Papel Social, 2017. p. 187.

41 FERNANDES, Estevão Rafael. Pensando de forma não situada: dilemas no estudo das homossexualidades indígenas no Brasil. *Élisée-Revista de Geografia da UEG*, Anápolis, v. 3, n. 1, p. 157-167, jan./jun. 2014. p. 162.

42 FERNANDES, Estevão Rafael. O que a homossexualidade indígena pode ensinar sobre colonialismo – e como resistir a ele. *Somanlu*, Manaus, v. 17, n. 1, p. 103-118, fev. 2017.

43 SILVA, Laionel Vieira da; BARBOSA, Bruno Rafael Silva Nogueira. Preconceito contra usuários do programa transcidadania. In: OLIVEIRA, Antônio Deusivam de; PINTO, Cristiano Rosalino Braule. *Transpóliticas públicas*. Campinas: Papel Social, 2017. p. 187.

44 FERNANDES, Estevão Rafael. O que a homossexualidade indígena pode ensinar sobre colonialismo – e como resistir a ele. *Somanlu*, Manaus, v. 17, n. 1, p. 103-118, fev. 2017. p. 115.

45 MOTT, Luiz. Meu menino lindo: cartas de amor de um frade sodomita, Lisboa (1690). *LusoBrazilian Review*, v. 38, n. 2, p. 97-115, 2001. p. 98.

Diversos historiadores apontam os séculos XIII e XIV como sendo marco para a intolerância contra os sodomitas, deixando o seu caráter de legalidade e consentimento em grande parte da Europa para ser um ato merecedor de pena capital na totalidade dos códigos legislativos existentes na época⁴⁶. Ela aponta, ainda, que na Alta Idade Média muitas crenças e práticas eram aceitas e toleradas. Para Richards⁴⁷ o cristianismo era fundamentalmente hostil à homossexualidade. Afirmando que não houve uma mudança da tolerância para a intolerância na idade média, mas sim uma modificação do meio de lidar com a homossexualidade passando da penitência como punição no início da idade média para a fogueira no período posterior.

Mott⁴⁸ afirma que a intolerância desse período citado pelos historiadores também se encontrava presente no mundo ibérico. A intolerância se apresentava tão evidente em Portugal que no mesmo ano em que se afastou do trono o primeiro monarca lusitano infamado de sodomia, D. Pedro I (1439-1446) promulgou as Ordenações Afonsinas sendo considerada “o documento mais contundente contra a homossexualidade, e no qual vários outros diplomas vão se inspirar”. De acordo com o que preleciona PIERONI⁴⁹,

A noção de pecado/reparação e crime/castigo é manifestada nas ordenações. A reparação por meio de uma penitência e o castigo na forma de uma pena permitem restaurar a ordem do mundo que o pecado. [...]. Nesta ordem judiciária, os tribunais seculares, inquisitoriais e eclesiásticos conseguiram trabalhar de comum acordo.

O conceito de sodomia encontrava-se presente nas Ordenações Afonsinas publicada em 1446 e 1447 no livro V, título XVII: “dos que cometem peccado de sodomia” que o definia como o pecado mais torpe e sujo e o que mais aborreceria a Deus, como é possível observar no seguinte fragmento:

46 GOMES, Veronica. Da tolerância a intolerância: os sodomitas da igreja e seus parceiros sob o olhar das instituições portuguesas e da sociedade colonial. In: CALAINHO, Daniela (org). *Caminhos da intolerância no mundo ibérico do antigo regime*. Rio de Janeiro: Contracapa, 2012.

47 RICHARDS, Jeffrey. *Sexo, desvio e danação: as minorias na Idade Média*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.

48 MOTT, Luiz. Meu menino lindo: cartas de amor de um frade sodomita, Lisboa (1690). *LusoBrazilian Review*, v. 38, n. 2, p. 97-115, 2001. p. 98.

49 PIERONI, Geraldo. Os excluídos do Reino: a inquisição portuguesa e o degredo para o Brasil-Colônia. *Revista do Programa de Pós-graduação em História da UnB*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 23-40, 1997. p. 26-27.

Sobre todollos peccados bem parece ffer mais torpe, çujo, e deshonneffo o peccado da sodomia, e nom he achado outro tam avorrecido ante DEOS, e o mundo, como elle; porque nom tam foamente por elle he feita offensa ao Creador da natureza, que he Deos, mais ainda fe pode dizer, que toda natura criada, affy celestial como humanai, he grandemente offendida. [...] E por que fegundo a qualidade do peccado, affy deve gravemente feer punido: porem Mandamos, e poemos por Ley geeral, que todo homem, que tal peccado fezes, per qualquer guifa que feer poffa, feja queimado, e feito per fogo em poo, por tal que já nunca de feu corpo, e fepultura, poffa ferr ouvida memoria⁵⁰.

Dessa forma é perceptível o caráter religioso da construção da sodomia enquanto pecado-crime nas Ordenações Afonsinas. Pretes & Vianna⁵¹ apontam também que a construção do texto legal desse dispositivo “mescla conceitos teológicos e jurídicos, a figura de Deus e do Rei, na configuração do pecado-delito sodomia”.

Já nas Ordenações Manuelinas⁵², datadas de 1514-1521, o crime de sodomia situava-se no livro V título XIII “dos que cometem peccado de sodomia”, determinando que a pessoa que incorresse nesse crime deveria ser queimada e transformada em pó e que todos os seus bens fossem confiscados para a Coroa. Ficando inábeis e infames seus ascendentes e descendentes.

O livro V das Ordenações Filipinas promulgado pelo então rei de Portugal Felipe I em 1603 permaneceu vigente até 1830. Além de elencar um conjunto de dispositivos legais que tipificavam crimes e punições aos criminosos ele também se constituiu como uma forma clara de afirmação do poder régio⁵³. Percebe-se que, apesar dessas ordenações atribuírem penalidade ao pecado da sodomia para homens e mulheres, a atribuição

50 ORDENAÇÕES AFONSINAS. *Livro V, título XVII: dos que cometem peccado de sodomia*. p. 53-54. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/15ind.htm>. Acesso em: 16 fev. 2018.

51 PRETES, Érika Aparecida; VIANNA, Túlio. História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo. In: LOBATO, Wolney; SABINO, Cláudia de Vilhena Schayer; ABREU, João Francisco de (org). *Iniciação Científica: destaques 2007*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2008. v. 1. p. 313-392. p. 335.

52 ORDENAÇÕES MANUELINAS. *Livro 5 Título XIII: dos que cometem peccado de sodomia*. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/15ind.htm>. Acesso em: 13 fev. 2018.

53 SILVA, Davi. Inquisição e confisco de bens: normas e práticas na ação jurídica do Juízo das Confiscações. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 19, 2017, Brasília. *Anais* [...]. Brasília, 2017.

das penalidades foi desigual, pois, havia uma tendência de punir os homens com muito mais rigor do que as mulheres⁵⁴.

A sodomia encontrava-se tipificada no “Título 13: Dos que cometem pecado de sodomia, e com alimarias” determinando que:

Toda a pessoa, de qualquer qualidade que seja, que pecado de sodomia (1) per qualquer maneira commetter, seja queimado, e feito por fogo em pó (2), para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memoria, e todos seus bens sejam confiscados para a Coroa de nossos Reinos, postoque tenha descendentes; pelo mesmo caso seus filhos e netos ficarão inhabiles(3) e infames, assi como os daquelles que commetem crime de lesa Majestade⁵⁵.

Além do crime de sodomia, o mesmo livro ainda trazia, em seu Título 34: “do homem que se vestir em trajos de mulher, ou mulher em trajos de homem, e dos que trazem máscaras” a proibição expressa do uso de vestimentas socialmente estabelecidas para o sexo oposto ao do sujeito, presente no seguinte trecho:

Defendemos que nenhum homem se vista, nem ande em trajos de mulher, nem mulher em trajos de homem, nem isso mesmo (3) andem com mascaras (4), salvo se fôr para festas, ou jogos, que se houverem de fazer fóra das Igrejas, e das Procissões.

E quem o contrário de cada huma das ditas cousas fizer, se fôr peão, seja açoutado publicamente, e se fôr Scudeiro, e dahi para cima, será degradado dous annos para Africa, e sendo mulher da dita qualidade, será degradada trez annos para Castro-Marim.

E mais cada hum, a que o sobredito fôr provado, pagará dous mil réis para quem o acusar⁵⁶.

Em Portugal a autorização para a Inquisição foi dada no dia 23 de maio de 1536, tendo realizado a sua primeira cerimônia pública de auto-de-fé em 1540. Entretanto, devido a discordâncias diplomáticas entre monarquia e a cúria romana, o Tribunal só se estabeleceu de modo definitivo no dia 16 de junho de 1547 por meio da bula

54 NAPOLITANO, Minisa Nogueira. A sodomia feminina na primeira visitação do Santo Ofício ao Brasil. *Revista História Hoje*, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 1-11, mar. 2004.

55 ORDENAÇÕES FILIPINAS. *Livro 5, título 13*: dos que cometem pecado de sodomia, e com alimarias. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/l5ind.htm>. Acesso em: 13 fev. 2018.

56 ORDENAÇÕES FILIPINAS. *Livro 5, título 13*: dos que cometem pecado de sodomia, e com alimarias. p. 1184. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/l5ind.htm>. Acesso em: 13 fev. 2018.

Meditatio Cordis do papa Paulo III⁵⁷. Nesse momento, conforme salienta esse autor, a Igreja “se une à Coroa na luta contra as ameaças sociais, religiosas e morais”.

O crime de sodomia possuía até então um foro misto de alçada eclesiástica e civil passando para a jurisdição inquisitorial em 1 de setembro de 1552 após ser expedida uma comissão que conferia aos inquisidores de Lisboa poder para atuar concedido por D. Fernando de Meneses Coutinho e Vasconcelos. Além de muitos documentos régios e papais, a exemplo do alvará régio expedido em 1553 e confirmado em 1560 dando jurisdição aos inquisidores. Entretanto, o primeiro regimento inquisitorial a tratar do tema é de 1613 sendo posteriormente em 1640 mais sistematizado nesse Regimento⁵⁸.

Jácome⁵⁹, quando trata de tal regimento em um de seus trabalhos, afirma que:

O Regimento de 1640 apoiava-se juridicamente nos Breves Apostólicos de Pio IV, Gregório XIII e nas Declarações do Papa Paulo V por carta ao Cardeal Melino e Provisão do Cardeal Infante Dom Henrique, as legislações civis e as Ordenações do Reino também davam suporte à legislação inquisitorial, contudo, a legislação secular era mais temida e rígida, o homossexual julgado pelos tribunais seculares corria maior risco de receber uma sentença de morte ou punição mais severa.

A discriminação contra homossexuais e a criminalização do “agir homossexual” fazem parte da tradição jurídica brasileira⁶⁰. No período de 1536-1821, os “sodomitas” foram perseguidos pelo Tribunal do Santo Ofício da Inquisição, onde eram condenados à prisão, tinham seus bens sequestrados, eram açoitados, degradados e existia ainda a pena máxima atribuída aos sodomitas mais escandalosos e “incorrigíveis” de ser queimado na fogueira, penalidade essa nunca aplicada no Brasil⁶¹.

57 PIERONI, Geraldo. Os excluídos do Reino: a inquisição portuguesa e o degredo para o Brasil-Colônia. *Revista do Programa de Pós-graduação em História da UnB*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 23-40, 1997. p. 26.

58 GOMES, Veronica. Da tolerância a intolerância: os sodomitas da igreja e seus parceiros sob o olhar das instituições portuguesas e da sociedade colonial. In: CALAINHO, Daniela (org.). *Caminhos da intolerância no mundo ibérico do antigo regime*. Rio de Janeiro: Contracapa, 2012.

59 JÁCOME, Afrânio Carneiro. *O direito inquisitorial no regime português de 1640: a formalização da intolerância religiosa (1640-1774)*. 2014. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade de Federal da Paraíba, João Pessoa, 2014. p. 213.

60 RIOS, Roger Raupp; SCHÄFER, Gilberto; BORBA, Felipe Farias. O direito da antidiscriminação e a criminalização da pederastia pelo Código Penal Militar. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 39, n. 127, p. 311-330, set. 2012.

61 MOTT, Luiz. Igreja e homossexualidade no Brasil: cronologia

Mott constrói uma cronologia de acontecimentos importantes sobre o tema, destacando-se alguns:

1613: Índio Tibira Tupinambá do Maranhão, é executado como bucha de canhão por ordem dos frades capuchinhos franceses em São Luís, “para desinfestar esta terra do pecado nefando”; é primeiro homossexual condenado à morte no Brasil

1613: Publicação do Regimento da Inquisição Portuguesa, de D. Pedro de Castilho, determina-se a pena de morte na fogueira para os sodomitas

1640: Publicação do Regimento da Inquisição Portuguesa, de D. Fernando de Castro, ratifica-se o poder do Santo Ofício de perseguir os sodomitas, condenando à fogueira sobretudo “os mais devassos no crime, os que davam suas casas para cometer este delito ou perseverassem por muitos anos na perdição”

1821: Extinção do Tribunal do Santo Ofício Português e fim da pena de morte contra os sodomitas⁶².

Esse relato do índio Tibira Tupinambá do Maranhão, citado por Mott como o primeiro homossexual a ser condenado à morte no país, é emblemático para se compreender o olhar abjeto dos estrangeiros que ali chegavam no novo mundo sobre o pecado nefando, além de sua representatividade na justificativa para a colonização a partir da conversão como pondera Fernandes⁶³ ao também mencionar trechos desse relato feito pelo padre capuchinho francês Yves D’Evreux.

Esse relato mencionado por esses autores encontra-se presentes no livro “Viagem ao Norte do Brasil: feita nos anos 1613 a 1614” escrito pelo padre Yves D’Evreux e traduzido por Cezar Augusto Marques. No capítulo XXV, denominado “Dos caracteres incompatíveis entre os selvagens”, o religioso capuchinho menciona que:

Ha em Juniparan, na Ilha, um hermaphrodita, no exterior mais homem do que mulher, porque tem a face e voz de mulher, cabelos finos, flexíveis e compridos, e com tudo casou-se e teve filhos, mas tem um genio tão forte que vive porque receiam os selvagens da aldeia trocar palavras com elle⁶⁴.

temática, 1547-2006. In: CONGRESSO INTERNACIONAL SOBRE EPISTEMOLOGIA, SEXUALIDADE E VIOLÊNCIA, 2., 2006, São Leopoldo. *Anais* [...]. São Leopoldo, 2006.

62 MOTT, Luiz. Igreja e homossexualidade no Brasil: cronologia temática, 1547-2006. In: CONGRESSO INTERNACIONAL SOBRE EPISTEMOLOGIA, SEXUALIDADE E VIOLÊNCIA, 2., 2006, São Leopoldo. *Anais* [...]. São Leopoldo, 2006.

63 FERNANDES, Estevão Rafael. Quando o armário é na aldeia: colonialidade e normalização das sexualidades indígenas no Brasil. In: SIMPÓSIO LINGUAGENS E IDENTIDADES DA/NA AMAZÔNIA SULOCIDENTAL, 1, 2016, Acre. *Anais* [...]. Acre: UFAC, 2016. p. 1-10.

64 D’EVREUX, Yves. *Viagem ao Norte do Brasil*: feita nos anos

D’evreux⁶⁵ afirma que esse índio fugiu após ouvir que os franceses estavam a sua procura para matá-lo e dessa forma purificar a terra das maldades por meio da santidade do evangelho “da candura, da pureza, e da claresa da Religião Catholica Apostolica Romana”. Após ser pego e amarrado, foi levado até o forte de Sam Luiz e lá foi colocado ferros aos seus pés sendo vigiado até a chegada dos principaes das outras aldeias para assistirem o processo. O autor afirma, ainda, que, antes do começo do processo, o índio, diante dos demais presentes, sentenciou-se proclamando que “vou morrer, e bem o mereço, porem desejo que igual fim tenham os meos cúmplices”⁶⁶. O padre que escreve esse relato sobre o índio afirma que essa é uma morte “bem merecidas pelas suas torpezas”.

Foi dito, então, ao índio que, se ele recebesse o batismo, a sua alma iria para o céu. Acreditando nessas palavras, ele então solicitou o batismo, após a realização do batismo um dos principaes, chamado Karuatapiran “Cardo vermelho” falou para ele que “tens agora ocasião de estares consolado e de não te afligires, pois presentemente és filho de Deos pelo batismo”⁶⁷. Ele afirma que o índio “Morres por teos crimes, aprovamos tua morte, e eu mesmo quero pôr o fogo na peça para que saibam e vejam os francezes, que detestamos tuas maldades”⁶⁸. Após isso:

[...] levaram-no para junto da peça montada na muralha do Forte de S. Luiz, junto ao mar, amarraram-no pela cintura à boca da peça, e o Cardo Vermelho lançou fogo à escorva, em presença de todos os Principaes, dos selvagens e dos francezes, e immediatamente a bala dividio o corpo em duas porções, cahindo uma ao pé da muralha, e a outra no mar, onde nunca mais foi encontrada⁶⁹.

1613 a 1614. Maranhão: typ. do Frias, 1874. Disponível em: <https://archive.org/stream/viagemaoortedo00yvesgoog#page/n6>. Acesso em: 16 fev. 2018. p. 90.

65 D’EVREUX, Yves. *Viagem ao Norte do Brasil*: feita nos anos 1613 a 1614. Maranhão: typ. do Frias, 1874. Disponível em: <https://archive.org/stream/viagemaoortedo00yvesgoog#page/n6>. Acesso em: 16 fev. 2018. p. 230.

66 D’EVREUX, Yves. *Viagem ao Norte do Brasil*: feita nos anos 1613 a 1614. Maranhão: typ. do Frias, 1874. Disponível em: <https://archive.org/stream/viagemaoortedo00yvesgoog#page/n6>. Acesso em: 16 fev. 2018. p. 320.

67 D’EVREUX, Yves. *Viagem ao Norte do Brasil*: feita nos anos 1613 a 1614. Maranhão: typ. do Frias, 1874. Disponível em: <https://archive.org/stream/viagemaoortedo00yvesgoog#page/n6>. Acesso em: 16 fev. 2018. p. 321.

68 D’EVREUX, Yves. *Viagem ao Norte do Brasil*: feita nos anos 1613 a 1614. Maranhão: typ. do Frias, 1874. Disponível em: <https://archive.org/stream/viagemaoortedo00yvesgoog#page/n6>. Acesso em: 16 fev. 2018. p. 322.

69 D’EVREUX, Yves. *Viagem ao Norte do Brasil*: feita nos anos

Esse caso revela a severidade das penas que eram impostas aos indígenas praticantes do pecado da sodomia e a conversão feita pelos colonizadores nas crenças dos povos indígenas. Cabe salientar que, além dos três instrumentos jurídicos, já mencionados, às ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas que censuraram e penalizaram os sodomitas, outras leis extravagantes seguiram o mesmo objetivo desses códigos legislativos em Portugal a exemplo de uma lei promulgada por D. Sebastião em 9 de março de 1571, sendo ratificada por Felipe II em 1605⁷⁰.

As constituições do Arcebispado de Braga (1667) e as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia (1707), ambas de Portugal, traziam a tipificação da sodomia. A primeira delas afirmava que tal crime violaria tanto a lei divina como a natureza devendo ser castigado com a pena de morte e a segunda trouxe meios de tratamento para os que praticassem a sodomia e a determinação do encaminhamento desses ao Santo Ofício⁷¹.

É perceptível que, até então, o Estado e a Igreja estavam indissociáveis, os dogmas e concepções religiosas faziam parte da própria estrutura Estatal. Havia nesse caso um entrecruzamento na punição do pecado-crime sodomia por parte da Religião e do Estado, sendo aplicado na colônia e em Portugal⁷².

O Estado brasileiro seguiu um modelo de separação entre Estado e religião adotado pelos Estados Unidos na Primeira Emenda de 1791. Modelo esse que compreendeu que o país não seria viável se este não fosse laico no que tange a crenças e igrejas. A Constituição Republicana de 1891, seguindo esse modelo, trouxe a vedação para os Estados e a União de “estabelecer,

subvencionar, ou embaraçar o exercício dos cultos religiosos”, cuidando ainda de preceitos que determinou o ensino leigo em estabelecimentos públicos (art. 72, §3º) e o caráter secular dos cemitérios (art. 72, § 5º). Esse modelo foi seguido nas Constituições de 1934, com atenuações na de 1946, 1967/1969 e na atual de 1988 na qual tal pesquisador defende existir uma “neutralidade” benevolente e simpática à religião e as igrejas⁷³.

Ferreira Filho⁷⁴ afirma que o Direito sofreu influências da religião por ela ser um dos componentes da nossa civilização. Desse modo é possível compreender como um pecado moral acabou se tornando também um crime, em que:

A sodomia era considerada uma ofensa ao Estado e equiparada ao crime de lesa-majestade, cuja punição era a morte. Isto torna evidente a articulação entre os saberes religioso e jurídico na produção de uma categoria estigmatizada de indivíduos, de modo que aqueles que nela se enquadrassem seriam considerados seres inferiores e indignos⁷⁵.

D. Pedro I sancionou a Lei de 20 de outubro de 1823 em Assembleia constituinte convocada após a proclamação da independência no dia 7 de setembro de 1822 que mantinha em vigor todas as Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos e Resoluções promulgadas pelos reis de Portugal mesmo após a independência do Brasil até a organização de um novo código ou ainda se essas não fossem especialmente alteradas. O art. 179, XVIII da Constituição de 1824 já determinava a organização de um código civil e criminal com fundamento em solidas bases de justiça e equidade⁷⁶.

No Brasil a homossexualidade é descriminalizada e deixa de ser tutelada pela ordem jurídica com o advento do Código Criminal do Império 1830, Lei de 16 de dezembro de 1830, seguindo a orientação de criação feita na Constituição de 1824, desaparecendo assim a criminalização da homossexualidade no Brasil herdada

1613 a 1614. Maranhão: typ. do Frias, 1874. Disponível em: <https://archive.org/stream/viagemaonortedo00yvesgoog#page/n6>. Acesso em: 16 fev. 2018. p. 233.

70 GOMES, Veronica. Da tolerância a intolerância: os sodomitas da igreja e seus parceiros sob o olhar das instituições portuguesas e da sociedade colonial. In: CALAINHO, Daniela (org.). *Caminhos da intolerância no mundo ibérico do antigo regime*. Rio de Janeiro: Contracapa, 2012.

71 GOMES, Veronica. Da tolerância a intolerância: os sodomitas da igreja e seus parceiros sob o olhar das instituições portuguesas e da sociedade colonial. In: CALAINHO, Daniela (org.). *Caminhos da intolerância no mundo ibérico do antigo regime*. Rio de Janeiro: Contracapa, 2012.

72 PRETES, Érika Aparecida; VIANNA, Túlio. História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo. In: LOBATO, Wolney; SABINO, Cláudia de Vilhena Schayer; ABREU, João Francisco de (org.) *Iniciação Científica: destaques 2007*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2008. v. 1. p. 313-392.

73 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Religião, estado e direito. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 81-89, 2002.

74 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Religião, estado e direito. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 81-89, 2002.

75 FREIRE, Lucas; CARDINALI, Daniel. O ódio atrás das grades: da construção social da discriminação por orientação sexual à criminalização da homofobia. *Sexualidad, Salud y Sociedad-Revista Latinoamericana*, Rio de Janeiro, n. 12, p. 37-63, 2012. p. 40.

76 BOMFIM, Silvano Andrade do. Homossexualidade, direito e religião: da pena de morte à união estável: a criminalização da homofobia e seus reflexos na liberdade religiosa. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 71-103, jul./dez., 2011.

de Portugal⁷⁷. Tornando tal ato de descriminalização o primeiro passo para a cidadania desses sujeitos⁷⁹.

Dessa forma os cidadãos civis não se encontravam mais submetidos à tutela penal com fundamento apenas na prática homossexual passando a ser consentida no âmbito privado⁸⁰. Mesmo após a promulgação do Código Criminal do Império que não tipificava mais a sodomia enquanto crime, esses sujeitos ainda continuaram recebendo punições do sistema penal. A polícia passou a ser responsável por zelar a moral e os bons costumes na sociedade brasileira⁸¹. Nesse sentido, Santos⁸² aponta que:

Apesar de a figura do sodomita não ser mais considerada criminosa penalmente, como era nos séculos anteriores, durante o Brasil Imperial vão surgir os crimes “por ofensa à moral e aos bons costumes”. Esses crimes acabaram por “substituir” juridicamente os delitos que os códigos penais de influência religiosa condenavam como crime/pecado contra Deus. Ou seja, não era mais sobre a figura do sodomita/pecador na qual o homossexual se encerrava, mas sim sobre a figura de um inimigo da sociedade, sua moral e seus bons costumes.

Green⁸³ salienta que “a polícia desencorajava a homossexualidade por meio da aplicação de outras provisões legais que proibiam a vadiagem e as demonstrações públicas de impudência”. Diversas evidências indicam que os espaços públicos eram patrulhados por policiais para “limpar” as cidades de “homens efeminados e “escandalosos” ou das mulheres-homens demasiado visíveis”⁸⁴.

77 BOMFIM, Silvano Andrade do. Homossexualidade, direito e religião: da pena de morte à união estável: a criminalização da homofobia e seus reflexos na liberdade religiosa. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 71-103, jul./dez., 2011.

78 RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro. *Direito e Democracia*, Canoas, v. 2, n. 2, p. 383-408, 2001.

79 MOTT, Luiz. Homo-afetividade e direitos humanos. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 509-521, maio/ago. 2006.

80 RIOS, Roger Raupp; SCHÄFER, Gilberto; BORBA, Felipe Farias. O direito da antidiscriminação e a criminalização da pederastia pelo Código Penal Militar. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 39, n. 127, p. 311-330, set. 2012.

81 PRETES, Érika Aparecida; VIANNA, Túlio. História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo. *In: LOBATO, Wolney; SABINO, Cláudia de Vilhena Schayer; ABREU, João Francisco de (org.) Iniciação Científica: destaques 2007*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2008. v. 1. p. 313-392.

82 SANTOS, Daniel Kerry dos. As produções discursivas sobre a homossexualidade e a construção da homofobia: problematizações necessárias à psicologia. *Revista Epos*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 1-25, 2013. p. 12.

83 GREEN, James N. *Além do carnaval: a homossexualidade masculina no Brasil do século XX*. São Paulo: UNESP, 2000. p. 78.

84 GREEN, James N. Homossexualidades e a história: recuper-

É perceptível, portanto, que os estigmas sociais sobre essa população se mantiveram profundamente enraizados. A regulação estatal das sexualidades desviantes continuo intocada, porém com uma nova roupagem⁸⁵. Esse autor salienta, ainda, que, na América Latina, foram utilizadas diversas formas de censura a essas pessoas em espaços públicos afirmando que “leis de vadiagem, códigos de decência pública e proibições legais contra o travestismo ofereciam à polícia e aos tribunais um amplo campo de ação para regular os comportamentos públicos não normativos”⁸⁶.

No Rio de Janeiro, por exemplo, entre os anos de 1950 e 1960 a perseguição a homossexuais era recorrente, o próprio delegado Raimundo Padilha foi mentor de diversas campanhas que visavam a prisão de homossexuais para que assim ocorresse uma “limpeza” do Centro e da Zona Sul dessa cidade⁸⁷. Esses autores mencionam, ainda, que os “delinquentes homossexuais” saíam da “guarda” dos policiais e passavam para os “cuidados” dos médicos legistas de instituições a exemplo do Laboratório de Antropologia Criminal do Instituto de Identificações de São Paulo.

Desse modo é perceptível que as pessoas tidas como desviantes da norma cis-heterossexual imposta não obtiveram uma aceitação social maior pelo fato da descriminalização de suas identidades sexuais. Eles não se tonaram mais aceitos do que os então nominados anteriormente de sodomitas, permanecendo presente o estigma social dirigido a esses sujeitos. Freire⁸⁸ ainda ilustra esse momento compreendendo que na verdade o que ocorreu efetivamente foi “uma sofisticação no método de controle da sexualidade, pois este passou a ser regido pelo discurso científico, supostamente neutro. O padrão de “normalidade” seguiu salvaguardado”.

Bomfim⁸⁹, por sua vez, menciona que, mesmo após

ando e entendendo o passado. *Revista Gênero*, Niterói, v. 12, n. 2, p. 65-76, 2012. p. 68.

85 GREEN, James N. A luta pela igualdade: desejos, homossexualidade e a esquerda na América Latina. *Cadernos AEL*, Campinas, v. 10, n. 18/19, p. 15-41, 2003.

86 GREEN, James N. A luta pela igualdade: desejos, homossexualidade e a esquerda na América Latina. *Cadernos AEL*, Campinas, v. 10, n. 18/19, p. 15-41, 2003. p. 22.

87 SIMÕES, Júlio Assis; FACCHINI, Regina. *Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2009.

88 FREIRE, Lucas de Magalhães. De sodomitas a homossexuais: a construção de uma categoria social no Brasil. *Habitus*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 88-100, 2012. p. 91.

89 BOMFIM, Silvano Andrade do. Homossexualidade, direito e

a entrada em vigor desse código, a prática da homossexualidade ainda continuou criminalizada nos locais sujeitos à administração militar com fundamento no art. 235 do Código Penal Militar (CPM), Decreto-lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969.

Esse artigo do CPM foi objeto em 2013 de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 291 ajuizada pela Procuradoria Geral da República (PGR) no Supremo Tribunal Federal (STF) que questionava a constitucionalidade desse artigo que tipificava como crime a “pederastia ou outro ato de libidinagem” em locais sujeito a administração militar. A PGR compreendeu que esse dispositivo violava “os princípios da isonomia, da liberdade, da dignidade da pessoa humana, da pluralidade e do direito à privacidade”⁹⁰.

A PGR afirmou, ainda, que não existia fundamento após a Constituição Federal (CF) de 1988 que sustentasse “a permanência do crime de pederastia no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que é nitidamente discriminatório ao se dirigir e buscar punir identidades específicas, sem qualquer razão fática ou lógica para tal distinção”⁹¹ estando esse crime inserido em um contexto histórico de discriminação e de “criminalização da homossexualidade enquanto prática imoral, socialmente indesejável e atentatória contra os bons costumes”.

Por fim, a PGR ainda sustentou que, “mesmo com a retirada dos termos “pederastia” e “homossexual”, sua aplicação continuaria afetando “primordial e intencionalmente os homossexuais” visto que as Forças Armadas contam com um contingente predominantemente masculino, existindo locais estritamente masculinos “os heterossexuais, em tese, não seriam atingidos pela norma de austeridade sexual”⁹².

religião: da pena de morte à união estável: a criminalização da homofobia e seus reflexos na liberdade religiosa. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 71-103, jul./dez., 2011.

90 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *PGR pede fim de criminalização de prática sexual em área militar*. 2013. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=248739. Acesso em: 16 fev. 2018.

91 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *PGR pede fim de criminalização de prática sexual em área militar*. 2013. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=248739. Acesso em: 16 fev. 2018.

92 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *PGR pede fim de criminalização de prática sexual em área militar*. 2013. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=248739. Acesso em: 16 fev. 2018.

Entretanto, em 28 de outubro de 2015, por maioria dos votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou a ADPF 291 parcialmente procedente, declarando que os termos “pederastia ou outro” e “homossexual ou não” contidos, nessa ordem, no *nomen iuris* e no caput do artigo 235, não foram recepcionados pela CF de 1988, ficando vencidos os ministros Celso de Mello e Rosa Weber que julgavam a ação integralmente procedente⁹³.

Dessa forma, se evidencia que a descriminalização formal da homossexualidade a partir do Código Criminal do Império de 1830 não trouxe uma garantia de cidadania plena, principalmente pela invisibilização desses sujeitos no que concerne a políticas públicas, isto é, “se até 1830 eram tidos por criminosos sujeitos à pena de morte, a partir de então foram deslocados para a invisibilidade jurídica e social, o que continuou a acarretar graves distorções sociais, e mesmo jurídicas [...]”⁹⁴.

4. A CONSTRUÇÃO DE UMA PATOLOGIA: DE TIPO PENAL À PATOLOGIZAÇÃO DA IDENTIDADE HOMOSSEXUAL

No século XIX, ocorreram diferentes modificações sobre a compreensão da homossexualidade, sendo marcado pela descriminalização desses sujeitos e o surgimento de um novo campo do saber sobre os estudos dessa identidade⁹⁵. Ao longo desse século, a sexualidade foi um atrativo para o saber médico. Foi com a “teoria da degeneração” formulada por Morel e seus seguidores que uma variedade de comportamentos humanos que não pertenciam até então ao campo da medicina passaram a ser considerados como anormalidades possuidoras de um caráter degenerativo que ameaçava a perpetuação da espécie, dentre esses comportamentos, encontravam-se a inversão sexual, prostituição e pederastia⁹⁶.

93 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF mantém no Código Penal Militar crime de ato libidinoso*. 2015. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=302782. Acesso em: 16 fev. 2018.

94 BOMFIM, Silvano Andrade do. Homossexualidade, direito e religião: da pena de morte à união estável: a criminalização da homofobia e seus reflexos na liberdade religiosa. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 71-103, jul./dez., 2011. p. 81.

95 FREIRE, Lucas de Magalhães. De sodomitas a homossexuais: a construção de uma categoria social no Brasil. *Habitus*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 88-100, 2012.

96 MEINERZ, Nádia Elisa; ALMEIDA, Francis Moraes de. As

As teorias positivistas de valorização do conhecimento científico encontravam-se em ascensão nesse período. Freire⁹⁷ afirma que foi nesse lapso que a “ciência tornou-se, então, a responsável pela produção da verdade e dos fatos” e dessa maneira o sexo foi retirado das mãos de teólogos e juristas e passou a ser um objeto de interesse da ciência médica. Foi essa passagem de pecado para doença que se substituíram termos de origem religiosa como “aberração”, “desvio” e perversão” para outros termos do diagnóstico médico⁹⁸.

Green⁹⁹ aponta que, nesse período, meados do século XIX, médicos escreveram sobre a homossexualidade de modo eventual, combinando uma aversão moral e religiosa das práticas homoeróticas com teorias que compreendiam a homossexualidade como desvio, distúrbios psicológicos ou mesmo como resultado da falta de relações “normais”.

Já Martins et al.¹⁰⁰ entendem que os saberes científicos foram utilizados, apenas, com o intuito de dar fundamento para uma compreensão da homossexualidade como desviante já estabelecida por meio da moral. Percebe-se, então, por meio da história da homossexualidade e da apropriação das ciências médicas, que a designação de anormalidade ou aberração atribuída à homossexualidade foi criada por meio de “concepções morais ou estratégias de controle e regulação”. Nesse sentido é perceptível que:

A busca de uma determinação causal — biológica, médica — ou de uma explicação universal — psicológica ou psicanalítica — sempre partiram de uma circunscrição inadequada, invertida do objeto de estudo. O poder, a moral e os bons costumes é que apontavam a experiência como anormal. E a partir daí buscavam-se explicações. A ciência era convocada, por tabela, a estudar e explicar o que as sociedades e seus preconceitos interrogavam sobre o que assustava ou incomodava¹⁰¹.

Faces da Homofobia no Campo da Saúde. In: REUNIÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA, 26, 2008, Porto Seguro. *Anais* [...]. Porto Seguro, 2008.

97 FREIRE, Lucas de Magalhães. De sodomitas a homossexuais: a construção de uma categoria social no Brasil. *Habitus*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 88-100, 2012. p.90.

98 MOITA, Maria Gabriela. *Discursos sobre a homossexualidade no contexto clínico: a homossexualidade de dois lados do espelho*. 2001. Tese (Doutorado em Ciências Biomédicas) – Universidade do Porto, Porto, 2001.

99 GREEN, James N. *Além do carnaval: a homossexualidade masculina no Brasil do século XX*. São Paulo: UNESP, 2000.

100 MARTINS, Eduardo de São Thiago et al. Psicanálise e homossexualidade: da apropriação à desapropriação médico-moral. *Ide*, São Paulo, v. 36, n. 57, p. 163-177, jun. 2014. p. 170.

101 MARTINS, Eduardo de São Thiago et al. Psicanálise e homossexualidade: da apropriação à desapropriação médico-moral. *Ide*,

Existem, por exemplo, diversas evidências identificadas nos estudos produzidos por Fry e MacRae de diferentes casos de médicos, criminologistas e outros especialistas que forjavam discursos médico-legais no início do século XX. Discursos mantido até 1970 e 1980 quando os movimentos sociais LGBT internacionais e nacionais buscaram uma reavaliação desses conceitos¹⁰².

Simões e Facchini¹⁰³ mencionam a sexologia emergente do século XIX como contribuinte para uma definição do homossexual como um tipo singular de pessoa. Esses autores citam o jurista alemão Karl-Heinrich Ulrichs (1825-1895) como formulador do conceito clássico “uranista” para se referir a pessoas que se sentiam atraídas por outras do mesmo sexo, constituindo-se para ele um “terceiro sexo”, referindo-se a essas pessoas como “uma alma feminina num corpo masculino”¹⁰⁴.

Então, no percurso das duas últimas décadas do século XIX, como aponta Meinerz e Almeida¹⁰⁵:

[...] multiplicaram-se as classificações médicas as práticas sexuais anormais. Tais classificações compreendiam todas aquelas modalidades eróticas distintas da sexualidade com fins reprodutivos, propiciando o surgimento da “homossexualidade” como uma categoria patológica ao final do século XIX.

A palavra homossexual foi usada em 1869 pelo jornalista Karl-Maria Benkert que retificou seu nome para Károli Maria kertbeny. Os escritos de Ulrichs influenciaram diversas formulações de diferentes médicos que construíram o entendimento de que a homossexualidade seria uma “inversão sexual” que decorreria sobretudo de “causas biológicas, tais como degeneração hereditária, patologia congênita ou defeitos hormonais”¹⁰⁶.

Em 1886 o médico católico Richard von Krafft-Ebing elaborou um termo utilizado como diagnóstico

São Paulo, v. 36, n. 57, p. 163-177, jun. 2014. p. 170.

102 GREEN, James N. Homossexualidades e a história: recuperando e entendendo o passado. *Revista Gênero*, Niterói, v. 12, n. 2, p. 65-76, 2012.

103 SIMÕES, Júlio Assis; FACCHINI, Regina. *Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2009.

104 FRY, Peter. *Para inglês ver: identidade e política na cultura brasileira*. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1982. p. 97.

105 MEINERZ, Nádia Elisa; ALMEIDA, Francis Moraes de. As Faces da Homofobia no Campo da Saúde. In: REUNIÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA, 26, 2008, Porto Seguro. *Anais* [...]. Porto Seguro, 2008.

106 SIMÕES, Júlio Assis; FACCHINI, Regina. *Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2009. p. 38.

denominado de homossexualismo, ele acreditava que a sexualidade deveria ser regulada tomando como base a concepção, além dos ideais de amor a Deus e a família que também deveriam ser parâmetros para essa regulação¹⁰⁷. Krafft-Ebing, em seu livro, “Psychopathia Sexualis”, publicado em 1836, tinha como objetivo dar apoio aos advogados e médicos que estivessem no tribunal lidando com crimes sexuais. Ele compreendia a perversão como uma doença e não como um crime ou pecado, entendimento de grande parte dos médicos de 1870 e 1990¹⁰⁸.

Nesse sentido, Krafft-Ebing entendia que a homossexualidade seria etiologicamente:

[...] o resultado de um abuso frequente dos órgãos sexuais ou de uma anomalia do sistema nervoso e afirmava que se tratava de uma condição tanto neuropática como psicopática. Propunha para a sua cura a hipnoterapia, a hidroterapia e a faradização¹⁰⁹.

Moita¹¹⁰ afirma, ainda, que os valores de Krafft-Ebing eram evidentes nas suas sugestões hipnóticas. Esse autor¹¹¹, citando Katz, traz algumas frases que foram descritas de uma sessão de hipnose de Krafft-Ebing em que ele fez as seguintes induções a um cliente: “já não tenho interesse pelos homens, porque o amor pelos homens é contra a religião, a natureza e a lei” outra frase direcionada ao cliente na sessão foi “sinto-me atraído pelas mulheres, porque a mulher é encantadora, desejável e criada para o homem”. Em 1901 Krafft-Ebing, em trabalho publicado, sustenta que homossexualidade seria inata e não patológica, não sendo também incompatível com a saúde mental e com a superioridade mental, saindo dessa forma de fenômeno patológico para uma

condição biológica e psicológica¹¹².

Meinerz e Almeida¹¹³ afirmam que foi com o livro “A inversão sexual” de 1897/1933 que o autor Havelock Ellis rompeu com a “concepção estritamente patológica da homossexualidade e com a associação da inversão sexual ao conceito de degeneração”. Havelock considerava a homossexualidade, assim como a “cegueira para cores” e a “audição colorida” (sinestesia), uma anormalidade, isto é, implicaria “uma alteração da sensibilidade normal que é acompanhada por ausência de capacidades normais tanto quanto pelo desenvolvimento de outras incomuns”.

Já no século XX, em diferentes países da América Latina, incluindo o Brasil, diversos profissionais como eugenistas, psiquiatras e juristas estavam engajados na batalha pela “medicalização” da homossexualidade. Eles compreendiam que a homossexualidade não consistia um assunto meramente moral, religioso ou policial, mas que deveria ter a atenção também de profissionais que buscassem atentar aos riscos dessa “doença” social e pessoal¹¹⁴.

Assim, as relações entre pessoas do mesmo sexo passaram a ser encaradas como “homossexualismo”. Dessa maneira, essas relações adquiriram caráter patológico, pelo simples fato de se desviarem da norma estabelecida para as únicas relações tidas como úteis da sexualidade humana: a heterossexualidade¹¹⁵.

O termo homossexual é usado pela primeira vez no Brasil por Viveiros de Castro em 1894 com um sentido patológico no livro “Attentados ao pudor: estudos sobre as aberrações do instinto sexual”¹¹⁶. Esse pesquisador sustenta que a ciência médica chegou ao campo da moral acreditando que nesse espaço se encontrava a

107 TONNETTE, Marcelo Augusto. Um breve olhar histórico sobre a homossexualidade. *Revista brasileira de sexualidade humana*, São Paulo, v. 17, n. 1, p. 41-52, 2006.

108 MOITA, Maria Gabriela. *Discursos sobre a homossexualidade no contexto clínico: a homossexualidade de dois lados do espelho*. 2001. Tese (Doutorado em Ciências Biomédicas) – Universidade do Porto, Porto, 2001.

109 MOITA, Maria Gabriela. *Discursos sobre a homossexualidade no contexto clínico: a homossexualidade de dois lados do espelho*. 2001. Tese (Doutorado em Ciências Biomédicas) – Universidade do Porto, Porto, 2001. p. 80.

110 MOITA, Maria Gabriela. *Discursos sobre a homossexualidade no contexto clínico: a homossexualidade de dois lados do espelho*. 2001. Tese (Doutorado em Ciências Biomédicas) – Universidade do Porto, Porto, 2001. p. 80.

111 KATZ, *apud* MOITA, Maria Gabriela. *Discursos sobre a homossexualidade no contexto clínico: a homossexualidade de dois lados do espelho*. 2001. Tese (Doutorado em Ciências Biomédicas) – Universidade do Porto, Porto, 2001.

112 MOITA, Maria Gabriela. *Discursos sobre a homossexualidade no contexto clínico: a homossexualidade de dois lados do espelho*. 2001. Tese (Doutorado em Ciências Biomédicas) – Universidade do Porto, Porto, 2001.

113 MEINERZ, Nádia Elisa; ALMEIDA, Francis Moraes de. As Faces da Homofobia no Campo da Saúde. *In: REUNIÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA*, 26, 2008, Porto Seguro. *Anais* [...]. Porto Seguro, 2008.

114 GREEN, James N. A luta pela igualdade: desejos, homossexualidade e a esquerda na América Latina. *Cadernos AEL*, Campinas, v. 10, n. 18/19, p. 15-41, 2003.

115 FREIRE, Lucas de Magalhães. De sodomitas a homossexuais: a construção de uma categoria social no Brasil. *Habitus*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 88-100, 2012. p. 90.

116 TONNETTE, Marcelo Augusto. Um breve olhar histórico sobre a homossexualidade. *Revista brasileira de sexualidade humana*, São Paulo, v. 17, n. 1, p. 41-52, 2006. p. 46.

“raiz dos desvios sexuais”. Peter Fry¹¹⁷ cita que no Brasil um exemplo da invasão da medicina no campo da moral é o livro “Homossexualismo (A libertinagem no Rio de Janeiro)” do médico Pires de Almeida, baseando-se no que se refere à homossexualidade nas teorias de Ulrichs e Richard von Krafft-Ebing.

Outros pesquisadores, também, adotaram as linhas seguidas por Ulrichs e Krafft-Ebing em defesa da homossexualidade como exemplo os Magnus Hirschfeld, Edward Carpenters e Havelock Ellis, seguindo um entendimento de que o “sexo intermediário” seria produto de uma “gênese biológica”, “naturalizando” assim a homossexualidade¹¹⁸.

A concepção desses autores da homossexualidade verdadeira, ou seja, a que seria produto da biologia, foi utilizada como argumento por médicos psiquiatras para categorização desses sujeitos em “invertidos” e “pervertidos”¹¹⁹. Os médicos, de acordo com esse autor, além de declararem a homossexualidade uma “anomalia orgânica” por possuir uma origem endócrina, a “doença” ocasionaria outras patologias, surgindo dessa forma o “homossexual” que é esquizóide, paranóide etc.

Fry¹²⁰ cita um caso trabalhado por Ribeiro em que ele faz uma relação entre sadismo e homossexualidade. Porém, quando a homossexualidade passa da categoria de pecado para doença, concebe-se uma possibilidade de cura. Febrônio Índio do Brasil, caso trabalhado por Ribeiro, é livrado da cadeia e direcionado ao Manicômio Judiciário, todos os homens categorizados como homossexuais passaram a ser sujeitos ao tratamento “médico pedagógico”. Simões e Facchini¹²¹ afirmam que, na falta de legislações que tipificassem explicitamente a homossexualidade, os médicos e legistas agiam com apoio da polícia nos esforços para atribuir ações correccionais que podiam ir além das penas impostas em lei, sendo acrescidas a elas uma indefinição no tempo de restrição da liberdade das pessoas que fossem diagnosticados homossexuais.

117 FRY, Peter. *Para inglês ver: identidade e política na cultura brasileira*. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1982.

118 FRY, Peter. *Para inglês ver: identidade e política na cultura brasileira*. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1982.

119 FRY, Peter. *Para inglês ver: identidade e política na cultura brasileira*. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1982.

120 FRY, Peter. *Para inglês ver: identidade e política na cultura brasileira*. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1982.

121 SIMÕES, Júlio Assis; FACCHINI, Regina. *Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2009.

Após a década de 30, houve consenso na compreensão da etiologia biológica da homossexualidade. Levaram em consideração o estudo de Leonildo Ribeiro sobre os homossexuais detidos por policiais no Rio de Janeiro, que compreendia que essas pessoas deveriam ser tratadas e não detidas. Nas décadas seguintes, se manteve uma compreensão pelos médicos brasileiros da homossexualidade enquanto determinação biológica (de base endocrinológica)¹²².

A Organização Mundial de Saúde (OMS) classificou em 1948 o homossexualismo como “desvio sexual” na categoria 320 “personalidade patológica” da Classificação Internacional de Doenças (CID). Em 1965 passou para a categoria 302 “desvio e transtornos sexuais”, na subcategoria 302.0 — homossexualismo, se mantendo em nova revisão datada de 1975¹²³.

A busca por essa despatologização da homossexualidade é justamente uma das principais demandas dos primeiros grupos sociais homossexuais que reivindicavam a retirada do termo “homossexualismo” do enquadramento de “desvio e transtorno sexuais”.

5. O SURGIMENTO DO MOVIMENTO LGBT: A DESPATOLOGIZAÇÃO DA IDENTIDADE HOMOSSEXUAL EM PAUTA E A BUSCA POR VISIBILIDADE

Nos anos 70, verificou-se um grande crescimento na produção de estudos que tinham como foco atividades associativas e ações coletivas os quais se convencionou chamar de movimentos sociais¹²⁴. Simões e Facchini¹²⁵ consideram que, de uma perspectiva ampla, os movi-

122 MEINERZ, Nádia Elisa; ALMEIDA, Francis Moraes de. As Faces da Homofobia no Campo da Saúde. *In: REUNIÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA*, 26, 2008, Porto Seguro. *Anais* [...]. Porto Seguro, 2008.

123 CARNEIRO, Ailton José dos Santos. A morte da clínica: movimento homossexual e luta pela despatologização da homossexualidade no Brasil (1978-1990). *In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA*, 28, 2015, Florianópolis. *Anais* [...]. Florianópolis, 2015. p. 1-15.

124 FACCHINI, Regina. “Sopa de letrinhas”? movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos: um estudo a partir da cidade de São Paulo. 2002. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2002.

125 SIMÕES, Júlio Assis; FACCHINI, Regina. *Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2009. p. 37.

mentos LGBT modernos são resultados de “um processo complexo de reapropriação e reelaboração de “homossexual” estabelecida, primordialmente, no campo das teorias biomédicas do século XIX”.

Nos Estados Unidos, o marco inicial do movimento LGBT ocorreu no dia 28 de junho de 1969 com o enfrentamento entre pessoas LGBT e a polícia nos arredores do bar *Stonewall Inn*, localizado no Greenwich Village, em Nova York esse momento ficou conhecido como Revolta de Stonewall¹²⁶. O bar foi invadido sobre alegações de transgressão as leis sobre a comercialização de bebidas alcoólicas ocorrendo o confronto entre esses grupos que perdurou um final de semana¹²⁷. Esse foi o início de um grande movimento político nesse país que possivelmente fortaleceu e positivou os estudos sobre gays e lésbicas¹²⁸.

Os registros dos estudos sobre o tema sugerem que o movimento homossexual no Brasil surgiu na segunda metade da década de 1970. Esse movimento emergente nasceu definindo a politização da homossexualidade, diferentemente de associações previamente existentes em algumas grandes cidades brasileiras desde 1950 que, por mais que reunissem homossexuais, eram designadas por militantes como “não politizadas” por buscarem, exclusivamente, à sociabilidade, diversão e paródia, são exemplos dessas associações o jornal *O Snob* (1963-1969) e a Associação Brasileira de Imprensa Gay (1967-1968)^{129,130}.

Zanatta¹³¹ aponta duas iniciativas importantes para o surgimento de grupos na década de 80. A primeira iniciativa apontada por essa autora é a criação do jornal *Lampião* na cidade do Rio de Janeiro que publicou sua

edição zero e número um (como *Lampião de Esquina*), respectivamente, em abril e maio de 1978. A segunda iniciativa mencionada ocorreu em São Paulo foi a formação do Núcleo de Ação pelos Direitos dos Homossexuais posteriormente denominado de Grupo Somos de Afirmação Homossexual, em maio de 1978.

É justamente essa segunda iniciativa que a bibliografia aponta como o primeiro grupo que tinha como proposta a politização da homossexualidade no Brasil o Grupo Somos criado em 1978¹³². Carneiro¹³³ menciona que a busca pela dissociação da homossexualidade e doença foi iniciada já na primeira onda do Movimento Homossexual Brasileiro principalmente pela atuação do Somos.

Esse grupo surge em uma conjuntura marcada pela contracultura, ditadura militar, pelas atividades de grupos de esquerda e o aparecimento e visibilidade dos modernos movimentos feminista e negro¹³⁴. É perceptível que o grupo Somos inspirou a criação de diversos outros grupos de reflexão e militância. Surgiram diferentes grupos, inclusive, denominados também de Somos em homenagem ao anterior, assim como, esse primeiro fez homenagem em seu nome ao Somos — Frente de Libertação Homossexual da Argentina¹³⁵.

No final do ano seguinte da criação do Somos foi organizado na cidade do Rio de Janeiro o 1º Encontro de Homossexuais Militantes com participação de 61 pessoa dessas 11 lésbicas e 50 gays, nove grupos participaram do evento. Dentre as resoluções desse encontro destacaram-se “a reivindicação de incluir o respeito à “opção sexual” na Constituição Federal; uma campanha para retirar a homossexualidade da lista das doenças mentais e a convocação de um congresso para a Semana Santa seguinte, em São Paulo”¹³⁶.

126 FREIRE, Lucas; CARDINALI, Daniel. O ódio atrás das grades: da construção social da discriminação por orientação sexual à criminalização da homofobia. *Sexualidad, Salud y Sociedad-Revista Latinoamericana*, Rio de Janeiro, n. 12, p. 37-63, 2012.

127 TONIEITTE, Marcelo Augusto. Um breve olhar histórico sobre a homossexualidade. *Revista brasileira de sexualidade humana*, São Paulo, v. 17, n. 1, p. 41-52, 2006.

128 GREEN, James N. A luta pela igualdade: desejos, homossexualidade e a esquerda na América Latina. *Cadernos AEL*, Campinas, v. 10, n. 18/19, p. 15-41, 2003.

129 FACCHINI, Regina. Movimento homossexual no Brasil: recompondo um histórico. *Cadernos AEL*, Campinas, v. 10, n. 18/19, p. 81-125, 2003.

130 SIMÕES, Júlio Assis; FACCHINI, Regina. *Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2009.

131 ZANATTA, Elaine Marques. Documento e identidade: o movimento homossexual no Brasil na década de 80. *Cadernos AEL*, Campinas, v. 3, n. 5/6, p. 193-220, 1996/1997.

132 FACCHINI, Regina. Movimento homossexual no Brasil: recompondo um histórico. *Cadernos AEL*, Campinas, v. 10, n. 18/19, p. 81-125, 2003.

133 CARNEIRO, Ailton José dos Santos. A morte da clínica: movimento homossexual e luta pela despatologização da homossexualidade no Brasil (1978-1990). In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 28, 2015, Florianópolis. *Anais* [...]. Florianópolis, 2015. p. 1-15.

134 SIMÕES, Júlio Assis; FACCHINI, Regina. *Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2009.

135 ZANATTA, Elaine Marques. Documento e identidade: o movimento homossexual no Brasil na década de 80. *Cadernos AEL*, Campinas, v. 3, n. 5/6, p. 193-220, 1996/1997.

136 FACCHINI, Regina. Movimento homossexual no Brasil: recompondo um histórico. *Cadernos AEL*, Campinas, v. 10, n. 18/19,

No mês de fevereiro de 1980, ocorreu, em São Paulo, o I Encontro de Grupos Homossexuais Organizados – EGHO e o I Encontro Brasileiro de Homossexuais – EBHO. O primeiro evento foi fechado e contou com 200 participantes e o segundo aberto contou com a participação de 600 pessoas¹³⁷.

Em junho do mesmo ano do EGHO e EBHO, ocorreu um novo evento que marcou a luta homossexual. O “Ato Público contra a Repressão Policial Arbitrária contra Homossexuais” reuniu cerca de 1.000 manifestantes, gerando diversos manifestos assinados por advogados, reitor, professores e parlamentares como forma de protesto à forma violenta dos policiais paulistas no tratamento com sujeitos homossexuais. Essa autora salienta que houve grande repercussão desse evento, após ele, foi dado diferentes depoimentos de detidos, fazendo com que o então Delegado Richetti e o Secretário de Segurança fossem convocados a prestar depoimentos na Comissão de Direitos Humanos da Câmara Estadual¹³⁸. Essa pesquisadora aponta que, apesar dessa grande repercussão, ainda:

de formas variadas a violência prosseguiu: agressões contra as lésbicas em seus bares habituais, ameaças às revistas que veiculavam abertamente matérias sobre o relacionamento homossexual, e o próprio Lampião da Esquina enfrentou problemas, encerrando suas atividades em junho de 1981¹³⁹.

Houve juntamente ao fim do jornal Lampião de Esquina a dissolução do grupo Somos em 1981. Existem diferentes posicionamentos sobre a representatividade desse momento para o movimento LGBT, enquanto para os militantes e pesquisadores da época representou um declínio para os pesquisadores contemporâneos considera-se o início de uma nova onda do movimento. É nesse momento que nasce o Grupo Gay da Bahia — GGB fundado por Luís Mott e outros membros-fundadores, grupo esse com atuação importante na luta pela despatologização da homossexualidade no Brasil¹⁴⁰.

p. 81-125, 2003. p. 90-91.

137 FACCHINI, Regina. “Sopa de letrinhas”? movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos: um estudo a partir da cidade de São Paulo. 2002. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2002.

138 ZANATTA, Elaine Marques. Documento e identidade: o movimento homossexual no Brasil na década de 80. *Cadernos AEL*, Campinas, v. 3, n. 5/6, p. 193-220, 1996/1997.

139 ZANATTA, Elaine Marques. Documento e identidade: o movimento homossexual no Brasil na década de 80. *Cadernos AEL*, Campinas, v. 3, n. 5/6, p. 193-220, 1996/1997.

140 CARNEIRO, Ailton José dos Santos. A morte da clínica: movimento homossexual e luta pela despatologização da homo-

Nesse período, surge, também, um novo desafio para o ativismo homossexual mais precisamente a partir de 1980 com a eclosão do HIV-Aids sigla em inglês do Vírus da Imunodeficiência Humana (*Human Immunodeficiency Virus*) e também da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (acquired immunodeficiency syndrome)¹⁴¹. A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (Aids) acaba se estabelecendo como um desvio moral dos homossexuais recaindo sobre esses sujeitos a culpa sobre a doença¹⁴². Nesse momento voltou a reacender a associação entre homossexualidade e doença, a Aids foi então chamada de “peste gay” mesmo após a constatação de que “o vírus poderia ser transmitido a qualquer pessoa, através de sangue, esperma e outros fluidos corporais”¹⁴³.

Essa associação construída entre a homossexualidade e a Aids não ocorreu por meio de um processo natural. Em vez disso, essa construção associativa dependeu da colaboração de diferentes agentes coletivos “— da polícia, do sistema judiciário, do estabelecimento médico, das igrejas, das campanhas anti-gay das décadas de 1960, 1970 e 1980 etc., da ação da mídia [...]”¹⁴⁴.

Sierra¹⁴⁵ aponta que essa associação ocasionou um aumento na perseguição contra os gays, sendo feita uma cruzada em busca de eliminar a Aids e por consequência os homossexuais. Ele ainda menciona que nos anos 90 ocorreu, em parte, uma dissociação da exclusividade da Aids com a homossexualidade, esse fato se deu pela saída do rol de doenças da OMS e pelo aumento sistemático de pessoas heterossexuais contagiadas com o vírus, persistindo, entretanto, o estigma direcionados aos indivíduos LGBT.

A Aids não atuou apenas como repressão das práti-

sssexualidade no Brasil (1978-1990). In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 28, 2015, Florianópolis. *Anais* [...]. Florianópolis, 2015. p. 1-15.

141 SIMÕES, Júlio Assis; FACCHINI, Regina. *Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2009. p. 51.

142 SIERRA, Jamil Cabral. Corpo, sexualidade e poder: a homossexualidade na mídia e as biopolíticas de prevenção contra a AIDs. *Textura-Ulbra*, Canoas, v. 15, n. 28, p. 111-128, maio/ago. 2013.

143 SIMÕES, Júlio Assis; FACCHINI, Regina. *Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2009. p. 51.

144 GÓIS, João Bôsko Hora. Olhos e ouvidos públicos para atos (quase) privados: a formação de uma percepção pública da homossexualidade como doença. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, p. 75-99, 2000. p. 78.

145 SIERRA, Jamil Cabral. Corpo, sexualidade e poder: a homossexualidade na mídia e as biopolíticas de prevenção contra a AIDs. *Textura-Ulbra*, Canoas, v. 15, n. 28, p. 111-128, maio/ago. 2013.

cas sexuais desviantes, ela também teve um papel disseminador da visibilidade LGBT, além da geração de mais saberes sobre a homossexualidade¹⁴⁶. Góis¹⁴⁷ menciona que, além da visibilidade da homossexualidade, também se contribuiu para o crescimento de uma “cultura gay” que não poderia deixar mais de ser notada.

A homossexualidade passou a ser vista em meados da década de 1980 principalmente pela atuação da militância de “doentes sentenciados à morte” para “grupo de risco”¹⁴⁸. Posteriormente, essa classificação de “grupo de risco” foi modificada para “comportamentos de risco” que não dependem de uma orientação sexual específica, podendo ser homo, hétero ou bissexual¹⁴⁹.

Facchini¹⁵⁰ aponta, em seu estudo, uma diminuição clara dos grupos presentes no movimento de 1980 a 1988. Ela defende que essa queda pode ter ocorrido, dentre vários fatores, devido ao surgimento da epidemia da Aids e da sua associação com a homossexualidade, a influência dessa epidemia na desmobilização das proposições de liberdade sexual, além do fato de que muitas lideranças passaram a pauta da luta contra a Aids, sendo esse o momento que emerge as respostas da sociedade civil à essa epidemia. É nesse cenário, por volta de 1980, que:

[...] é possível observar o desenvolvimento de um estilo de militância de ação mais pragmática, mais preocupada com aspectos formais de organização institucional e voltada para a garantia dos direitos civis e contra a discriminação e a violência dirigidas a homossexuais. São exemplos desse ativismo o Triângulo Rosa e o Grupo Gay da Bahia (GGB), este o mais antigo grupo de militância em atividade no país¹⁵¹.

146 SIERRA, Jamil Cabral. Corpo, sexualidade e poder: a homossexualidade na mídia e as biopolíticas de prevenção contra a AIDS. *Textura-Ulbra*, Canoas, v. 15, n. 28, p. 111-128, maio/ago. 2013.

147 GÓIS, João Bôsko Hora. Olhos e ouvidos públicos para atos (quase) privados: a formação de uma percepção pública da homossexualidade como doença. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, p. 75-99, 2000.

148 CARNEIRO, Ailton José dos Santos. A morte da clínica: movimento homossexual e luta pela despatologização da homossexualidade no Brasil (1978-1990). In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 28, 2015, Florianópolis. *Anais* [...]. Florianópolis, 2015. p. 1-15.

149 TONIE'TTE, Marcelo Augusto. Um breve olhar histórico sobre a homossexualidade. *Revista brasileira de sexualidade humana*, São Paulo, v. 17, n. 1, p. 41-52, 2006.

150 FACCHINI, Regina. Movimento homossexual no Brasil: recompondo um histórico. *Cadernos AEL*, Campinas, v. 10, n. 18/19, p. 81-125, 2003.

151 SIMÕES, Júlio Assis; FACCHINI, Regina. *Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2009. p. 61.

Dentre as demandas desses grupos, encontrava-se a retirada do termo homossexualismo do rol de doenças do Instituto Nacional de Previdência Social – INAMPS. Esse órgão cumpriu a reivindicação desses grupos apenas no ano de 1985 após decisão do Conselho Federal de Medicina (CFM) que retirou esse termo do rol de “desvio e transtorno sexual”^{152,153}. A luta pela retirada da homossexualidade como “desvio e transtorno sexual” presente no parágrafo 302.0 do Código de Saúde do INAMPS foi encabeçada pelo GGB, fundado em 29 de fevereiro de 1980¹⁵⁴.

Em seu boletim de junho de 1985, o GGB comemorou o fato de o CFM retirar a homossexualidade do parágrafo 302.0, creditando esse feito como “a maior vitória do movimento brasileiro de libertação homossexual”. Ao escrever sobre essa conquista, o GGB evidenciou o apoio popular em favor da despatologização da homossexualidade, afirmando que:

Com todas essas adesões e significativo apoio popular com mais de 16 mil assinaturas, finalmente aos 9 de fevereiro de 1985, o Conselho Federal de Medicina atendeu nossa reivindicação, deixando a homossexualidade de ser enquadrada no código 302.0 e passando para o código 2062.9, “outras circunstâncias psicossociais”, ao lado do “desemprego, desajustamento social, tensões, psicológicas”. Como o “CID” inclui também códigos não relativos a doenças, os quais servem unicamente para codificar motivos de atendimento médico, a partir de então a homossexualidade deixou de ser considerada “desvio e transtorno sexual”, para tornar-se apenas uma estatística do atendimento médico. Assim sendo, não há mais nenhuma lei, nem código no Brasil que se refira à homossexualidade como “patologia”. Portanto é legal ser homossexual, é saudável ser homossexual¹⁵⁵.

Esse acontecimento ocorreu 12 anos após a retirada do termo homossexualismo em 1973 pela Associação Psiquiátrica Americana da categoria de doença, desvio

152 FREIRE, Lucas; CARDINALI, Daniel. O ódio atrás das grades: da construção social da discriminação por orientação sexual à criminalização da homofobia. *Sexualidad, Salud y Sociedad-Revista Latinoamericana*, Rio de Janeiro, n. 12, p. 37-63, 2012.

153 MOTT, Luiz. Homo-afetividade e direitos humanos. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 509-521, maio/ago. 2006.

154 CARNEIRO, Ailton José dos Santos. A morte da clínica: movimento homossexual e luta pela despatologização da homossexualidade no Brasil (1978-1990). In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 28, 2015, Florianópolis. *Anais* [...]. Florianópolis, 2015. p. 1-15.

155 MOTT, Luiz. *Boletim do Grupo Gay da Bahia*. Salvador: GGB/Secretaria Estadual de Justiça e Direitos Humanos, 2011. p. 189.

ou perversão do Diagnostic and Statistical Manual – DSM, tendo esse termo permanecido 83 anos enquanto diagnóstico¹⁵⁶. O termo homossexualismo saiu do rol do Catálogo Internacional de Doenças da OMS apenas em 1993¹⁵⁷.

Toniette¹⁵⁸ apresenta, em seu trabalho, algumas decisões marcantes para a legislação de equidade de direitos para homossexuais. Ele menciona a princípio o projeto de lei nº 1.151 de 1995 que tratava sobre Parceria Civil Registrada e a Resolução 01/99 do Conselho Federal de Psicologia – CFP que proíbe o tratamento psicológico que busque a “conversão sexual”. Esse autor afirma que o motivo de tal resolução ser criada foi pela ocorrência de denúncias de que “psicólogos, associados a Igrejas, promoviam a ‘cura’ (= ‘conversão’) de homossexuais para heterossexuais, em uma perspectiva moral e ideológica”.

A Resolução 01/99 do CFP foi questionada recentemente em ação popular com pedido de liminar que buscava a suspensão dos seus efeitos. Os autores da ação alegavam que a resolução em questão seria um “verdadeiro ato de censura” por impedir os psicólogos de desenvolverem estudos, atendimentos e pesquisas sobre a homossexualidade, o que acarretaria um “ato lesivo ao patrimônio cultural e científico do país”¹⁵⁹.

O juiz federal Dr. Waldemar Cláudio da 14ª Vara da Justiça Federal concedeu liminar parcial¹⁶⁰ ao pedido feito pelos autores compreendendo que a resolução 01/99 não ofende em linhas gerais os princípios constitucionais, entretanto, considerou que seus dispositivos podem ser mal interpretados, sendo uma interpretação equivocada a de considerar “vedado ao psicólogo rea-

lizar qualquer estudo ou atendimento relacionados à orientação ou reorientação sexual”.

A decisão liminar foi alvo de críticas por diversas pessoas e órgãos, inclusive do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que compreenderam a liminar como um meio de institucionalizar a possibilidade de “cura gay”, “reorientação sexual” ou “conversão sexual”.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito de uma “identidade homossexual” foi construído ao longo da história brasileira influenciado por diferentes discursos que moldaram o imaginário social sobre esses sujeitos. Torna-se perceptível com esse estudo os papéis que os discursos religiosos, jurídicos e médicos tiveram na construção social de um conceito estigmatizante das pessoas homossexuais. Essa breve “evolução” sobre essa concepção demonstrou que esses discursos foram fundamentais para construir essa visão da homossexualidade enquanto desviante, anormal, antinatural, pecado, crime, patologia etc.

Tais discursos foram construídos com interesses, a exemplo do moral e religioso, na busca de “eliminar” ou inferiorizar os sujeitos que possuíam essa sexualidade desviante da norma heterossexual. No Brasil, esses discursos negativos sobre a homossexualidade ainda estão presentes.

Nesse sentido, por exemplo, Melo¹⁶¹ aponta que esse estigma direcionado a homossexualidade devido a sua associação com doença ainda se mantém presente nos dias atuais mesmo após a sua despatologização. É possível, dessa forma, se chegar a constatação de que há uma complexidade para se “desconstruir conceitos e concepções construídos cultural e socialmente”.

É com fundamento nessas concepções negativas que muitos dos direitos humanos dessa população são negados, como o direito à saúde, educação e trabalho. A descaracterização do sujeito homossexual ocorre justamente com essa produção de discursos que o inferioriza perante os heterossexuais.

156 TONIETTE, Marcelo Augusto. Um breve olhar histórico sobre a homossexualidade. *Revista brasileira de sexualidade humana*, São Paulo, v. 17, n. 1, p. 41-52, 2006.

157 PRETES, Érika Aparecida; VIANNA, Túlio. História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo. In: LOBATO, Wolney; SABINO, Cláudia de Vilhena Schayer; ABREU, João Francisco de (org.) *Iniciação Científica: destaques 2007*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2008. v. 1. p. 313-392.

158 TONIETTE, Marcelo Augusto. Um breve olhar histórico sobre a homossexualidade. *Revista brasileira de sexualidade humana*, São Paulo, v. 17, n. 1, p. 41-52, 2006. p. 48.

159 DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Ata de audiência*. Disponível em: <http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2017/09/Decis%C3%A3o-Liminar-RES.-011.99-CFP.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2018.

160 DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Ata de audiência*. Disponível em: <http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2017/09/Decis%C3%A3o-Liminar-RES.-011.99-CFP.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2018.

161 MELO, Andréa Silene A. F. Homossexualidade Na Visão de Estudantes de Pedagogia. In: SEMINÁRIO ENLAÇANDO SEXUALIDADES, 4, 2015, Salvador. *Anais* [...]. Salvador, 2015.

Santos¹⁶² afirma, assim como fica evidenciado ao longo desse breve histórico da homossexualidade, que é possível encontrar uma regularidade de discursos que deslegitimam e desqualificam esses sujeitos. A homossexualidade pode ser compreendida através desses diferentes discursos teológicos, jurídicos e científicos. Torna-se imprescindível apontar, como defendido por essa autora, que as discursividades sobre os sujeitos homossexuais não carecem de um pensamento “evolutivo”, por exemplo da mentalidade religiosa à científica, pois, os discursos negativos dirigidos aos homossexuais ainda se encontram nos dias atuais atravessados por diferentes enunciados.

A realização de novas pesquisas científicas que ajudem a entender a complexidade dos discursos produzidos sobre a categoria “homossexualidade” tornam-se instrumentos relevantes na produção de novos conhecimentos que visem desconstruir visões negativas sobre esses sujeitos.

REFERÊNCIAS

BATALHA, Gláucia Fernanda Oliveira Martins. Orientação sexual e discriminação no ambiente laboral. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 369-383, 2013.

BOMFIM, Silvano Andrade do. Homossexualidade, direito e religião: da pena de morte à união estável: a criminalização da homofobia e seus reflexos na liberdade religiosa. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 71-103, jul./dez., 2011.

BORRILLO, Daniel. *Homofobia: história e crítica de um preconceito*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *PGR pede fim de criminalização de prática sexual em área militar*. 2013. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=248739. Acesso em: 16 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF mantém no Código Penal Militar crime de ato libidinoso*. 2015. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=302782. Acesso em: 16 fev. 2018.

162 SANTOS, Daniel Kerry dos. As produções discursivas sobre a homossexualidade e a construção da homofobia: problematizações necessárias à psicologia. *Revista Epos*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 1-25, 2013.

CARNEIRO, Ailton José dos Santos. A morte da clínica: movimento homossexual e luta pela despatologização da homossexualidade no Brasil (1978-1990). In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 28, 2015, Florianópolis. *Anais [...]*. Florianópolis, 2015. p. 1-15.

CARROLL, Aengus; MENDÓS, Lucas Ramón. *Homofobia de Estado: estudio jurídico mundial sobre la orientación sexual en el derecho: criminalización, protección y reconocimiento*. 17. ed. Genebra: ILGA, 2017.

CECCARELLI, Paulo Roberto. A invenção da homossexualidade. *Bagoas-Estudos gays: gêneros e sexualidades*, Natal, v. 2, n. 02, p. 71-93, nov. 2008.

CECCARELLI, Paulo Roberto. Sexualidade e preconceito. *Revista Latinoamericana de Psicopatología Fundamental*, São Paulo, v. 3, n. 3, p. 18-37, jul./set., 2000.

CITELI, Maria Teresa. *A pesquisa sobre sexualidade e direitos sexuais no Brasil (1990- 2002): revisão crítica*. Rio de Janeiro: CEPESC, 2005.

D'EVREUX, Yves. *Viagem ao Norte do Brasil: feita nos anos 1613 a 1614*. Maranhão: typ. do Frias, 1874. Disponível em: <https://archive.org/stream/viagemaoortedo00yvesgoog#page/n6>. Acesso em: 16 fev. 2018.

DINIS, Nilson Fernandes; CAVALCANTI, Roberta Ferreira. Discursos sobre homossexualidade e gênero na formação em pedagogia. *Pro-posições*, Campinas, v. 19, n. 2, p. 99-109, maio/ago. 2008.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Ata de audiência*. Disponível em: <http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2017/09/Decis%C3%A3o-Liminar-RES.-011.99-CFP.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2018.

FACCHINI, Regina. “*Sopa de letrinhas*”? movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos: um estudo a partir da cidade de São Paulo. 2002. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2002.

FACCHINI, Regina. Movimento homossexual no Brasil: recompondo um histórico. *Cadernos AEL*, Campinas, v. 10, n. 18/19, p. 81-125, 2003.

FERNANDES, Estevão Rafael. O que a homossexualidade indígena pode ensinar sobre colonialismo – e como resistir a ele. *Somanlu*, Manaus, v. 17, n. 1, p. 103-118, fev. 2017.

- FERNANDES, Estevão Rafael. Pensando de forma não situada: dilemas no estudo das homossexualidades indígenas no Brasil. *Élisée-Revista de Geografia da UEG*, Anápolis, v. 3, n. 1, p. 157-167, jan./jun. 2014.
- FERNANDES, Estevão Rafael. Quando o armário é na aldeia: colonialidade e normalização das sexualidades indígenas no Brasil. In: SIMPÓSIO LINGUAGENS E IDENTIDADES DA/NA AMAZÔNIA SULOCIDENTAL, 1, 2016, Acre. *Anais [...]*. Acre: UFAC, 2016. p. 1-10.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Religião, estado e direito. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 81-89, 2002.
- FERREIRA, Gustavo Bussmann. A proteção da orientação sexual e identidade de gênero diversas na corte penal internacional: entre realpolitik e os direitos humanos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, p. 312-329, 2017.
- FOUCAULT, Michel. *Ética, sexualidade, política*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.
- FREIRE, Lucas de Magalhães. De sodomitas a homossexuais: a construção de uma categoria social no Brasil. *Habitus*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 88-100, 2012.
- FREIRE, Lucas; CARDINALI, Daniel. O ódio atrás das grades: da construção social da discriminação por orientação sexual à criminalização da homofobia. *Sexualidad, Salud y Sociedad-Revista Latinoamericana*, Rio de Janeiro, n. 12, p. 37-63, 2012.
- FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e senzala*: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. São Paulo: Global, 2003.
- FRY, Peter. *Para inglês ver*: identidade e política na cultura brasileira. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1982.
- GÓIS, João Bôsko Hora. Olhos e ouvidos públicos para atos (quase) privados: a formação de uma percepção pública da homossexualidade como doença. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, p. 75-99, 2000.
- GOMES, Veronica. Da tolerância a intolerância: os sodomitas da igreja e seus parceiros sob o olhar das instituições portuguesas e da sociedade colonial. In: CALAINHO, Daniela (org.). *Caminhos da intolerância no mundo ibérico do antigo regime*. Rio de Janeiro: Contracapa, 2012.
- GREEN, James N. A luta pela igualdade: desejos, homossexualidade e a esquerda na América Latina. *CADERNOS AEL*, Campinas, v. 10, n. 18/19, p. 15-41, 2003.
- GREEN, James N. *Além do carnaval*: a homossexualidade masculina no Brasil do século XX. São Paulo: UNESP, 2000.
- GREEN, James N. Homossexualidades e a história: recuperando e entendendo o passado. *Revista Gênero*, Niterói, v. 12, n. 2, p. 65-76, 2012.
- GRUPO GAY DA BAHIA. *Relatório de assassinatos de LGBT no Brasil*. 2017. Disponível em: <http://pt.calameo.com/read/004650218f3258a331907>. Acesso em: 01 mar. 2018.
- JÁCOME, Afrânio Carneiro. *O direito inquisitorial no regime português de 1640: a formalização da intolerância religiosa (1640-1774)*. 2014. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade de Federal da Paraíba, João Pessoa, 2014.
- MARTINS, Eduardo de São Thiago *et al.* Psicanálise e homossexualidade: da apropriação à desapropriação médico-moral. *Ide*, São Paulo, v. 36, n. 57, p. 163-177, jun. 2014.
- MEINERZ, Nádia Elisa; ALMEIDA, Francis Moraes de. As Faces da Homofobia no Campo da Saúde. In: REUNIÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA, 26, 2008, Porto Seguro. *Anais [...]*. Porto Seguro, 2008.
- MELO, Andréa Silene A. F. Homossexualidade Na Visão de Estudantes de Pedagogia. In: SEMINÁRIO ENLAÇANDO SEXUALIDADES, 4, 2015, Salvador. *Anais [...]*. Salvador, 2015.
- MOITA, Maria Gabriela. *Discursos sobre a homossexualidade no contexto clínico: a homossexualidade de dois lados do espelho*. 2001. Tese (Doutorado em Ciências Biomédicas) – Universidade do Porto, Porto, 2001.
- MOTT, Luiz. Anti-homossexualidade: a gênese da homofobia. *Revista de Estudos de Cultura*, São Cristóvão, n. 2, p. 15-32, maio/ago. 2015.
- MOTT, Luiz. *Boletim do Grupo Gay da Bahia*. Salvador: GGB/Secretaria Estadual de Justiça e Direitos Humanos, 2011.
- MOTT, Luiz. Etno-Historia de la homosexualidad en América Latina. *Historia y sociedad*, Medellín, n. 4, p. 123-144, 1997.
- MOTT, Luiz. Homo-afetividade e direitos humanos.

- Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 509-521, maio/ago. 2006.
- MOTT, Luiz. Igreja e homossexualidade no Brasil: cronologia temática, 1547-2006. In: CONGRESSO INTERNACIONAL SOBRE EPISTEMOLOGIA, SEXUALIDADE E VIOLÊNCIA, 2., 2006, São Leopoldo. *Anais [...]*. São Leopoldo, 2006.
- MOTT, Luiz. Meu menino lindo: cartas de amor de um frade sodomita, Lisboa (1690). *LusoBrazilian Review*, v. 38, n. 2, p. 97-115, 2001.
- NAPOLITANO, Minisa Nogueira. A sodomia feminina na primeira visitação do Santo Ofício ao Brasil. *Revista História Hoje*, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 1-11, mar. 2004.
- ORDENAÇÕES AFONSINAS. *Livro V, título XVII*: dos que cometem peccado de sodomia. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/15ind.htm>. Acesso em: 16 fev. 2018.
- ORDENAÇÕES FILIPINAS. *Livro 5, título 13*: dos que cometem pecado de sodomia, e com alimarias. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15ind.htm>. Acesso em: 13 fev. 2018.
- ORDENAÇÕES MANUELINAS. *Livro 5 Título XIII*: dos que cometem pecado de sodomia. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/15ind.htm>. Acesso em: 13 fev. 2018.
- PIERONI, Geraldo. Os excluídos do Reino: a inquisi o portuguesa e o degredo para o Brasil-Colônia. *Revista do Programa de Pós-gradua o em História da UnB*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 23-40, 1997.
- PRADO, Marco Aurélio Máximo; MACHADO, Frederico Viana. *Preconceito contra homossexualidades*: a hierarquia da invisibilidade. São Paulo: Cortez, 2017.
- PRETES, Érika Aparecida; VIANNA, Túlio. História da criminaliza o da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo. In: LOBATO, Wolney; SABINO, Cláudia de Vilhena Schayer; ABREU, João Francisco de (org.) *Inicia o Científica*: destaques 2007. Belo Horizonte: PUC Minas, 2008. v. 1. p. 313-392.
- RIBEIRO, Darcy. Li es de humanismo dos índios do Brasil. *Psicologia Atual*, n. 4, p. 43-46, [s.d.].
- RICHARDS, Jeffrey. *Sexo, desvio e dana o*: as minorias na Idade Média. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.
- RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade e a discrimina o por orienta o sexual no direito brasileiro. *Direito e Democracia*, Canoas, v. 2, n. 2, p. 383-408, 2001.
- RIOS, Roger Raupp; SCH FER, Gilberto; BORBA, Felipe Farias. O direito da antidiscrimina o e a criminaliza o da pederastia pelo Código Penal Militar. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 39, n. 127, p. 311-330, set. 2012.
- SANTOS, Daniel Kerry dos. As produ es discursivas sobre a homossexualidade e a constru o da homofobia: problematiza es necessárias   psicologia. *Revista Epos*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 1-25, 2013.
- SIERRA, Jamil Cabral. Corpo, sexualidade e poder: a homossexualidade na m dia e as biopolíticas de preven o contra a AIDS. *Textura-Ulbra*, Canoas, v. 15, n. 28, p. 111-128, maio/ago. 2013.
- SILVA, Davi. Inquisi o e confisco de bens: normas e práticas na a o jurídica do Juízo das Confisca es. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 19, 2017, Brasília. *Anais [...]*. Brasília, 2017.
- SILVA, Laionel Vieira da; BARBOSA, Bruno Rafael Silva Nogueira. Entre cristianismo, laicidade e estado: as constru es do conceito de homossexualidade no Brasil. *Mandrágora*, São Paulo, v. 21, n. 2, p. 67-88, 2015.
- SILVA, Laionel Vieira da; BARBOSA, Bruno Rafael Silva Nogueira. Preconceito contra usuários do programa transcidadania. In: OLIVEIRA, Ant nio Deusivam de; PINTO, Cristiano Rosalino Braule. *Transpol ticas públicas*. Campinas: Papel Social, 2017.
- SIMÕES, Júlio Assis; FACCHINI, Regina. *Na trilha do arco-íris*: do movimento homossexual ao LGBT. São Paulo: Funda o Perseu Abramo, 2009.
- TONIETTE, Marcelo Augusto. Um breve olhar histórico sobre a homossexualidade. *Revista brasileira de sexualidade humana*, São Paulo, v. 17, n. 1, p. 41-52, 2006.
- ZANATTA, Elaine Marques. Documento e identidade: o movimento homossexual no Brasil na década de 80. *Cadernos AEL*, Campinas, v. 3, n. 5/6, p. 193-220, 1996/1997.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Aspectos jurídicos da participação da União Europeia na OMC: compreendendo sutilezas de um delicado enlace

Legal aspects of the European Union participation in the WTO: understanding subtleties of a delicate liaison

Camilla Capucio

Aspectos jurídicos da participação da União Europeia na OMC: compreendendo sutilezas de um delicado enlace*

Legal aspects of the European Union participation in the WTO: understanding subtleties of a delicate liaison

Camilla Capucio**

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a participação da União Europeia na Organização Mundial do Comércio, contextualizando as condições jurídicas de sua vinculação como membro em status próprio, bem como evidenciando as complexidades oriundas de sua participação no sistema de solução de controvérsias da OMC. Para alcançar tais objetivos, foram examinadas fontes primárias (tratados da União Europeia) e secundárias (jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia), revisitadas criticamente pela doutrina especializada. O trabalho parte de noções introdutórias, buscando abordar algumas imprecisões jurídicas que compõem o delicado arranjo que permite a participação da União Europeia como membro da OMC. O trabalho aborda um problema teórico pouco analisado, pois situa-se em tema de convergência entre diferentes áreas (Direito Internacional Econômico e Direito Comunitário ou da União Europeia), sendo assunto especialmente inovador na doutrina brasileira, e nisso consiste sua principal contribuição. Após a análise, aplicando a metodologia descrita, constatou-se que a definição dos limites entre as competências da União e dos Estados membros na participação na OMC e em seu sistema de solução de controvérsias pelo TJUE se deu com notável pragmatismo, desconsiderando institutos até então consagrados no direito comunitário. Com a preocupação de reforçar a inexistência de aplicabilidade direta das normas primárias e secundárias do Direito da OMC, o Tribunal teve em vista uma espécie de proteção de sua ordem comunitária em face de intervenções externas. Por fim, constatou-se que as instituições comunitárias têm buscado incrementar a transparência, *accountability* e legitimidade da participação da União Europeia na OMC, com recentes iniciativas de procedimentalização intracomunitária.

Palavras-chave: União Europeia. OMC. Solução de controvérsias. Sistema de solução de controvérsias da OMC.

* Recebido em: 09/09/2018
Aprovado em: 15/11/2018

** Doutora em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG e bacharel em direito pela mesma universidade, com experiência de estudos realizados na Università di Bologna - UNIBO. Ex-bolsista do CNPq. Advogada e Consultora Jurídica. Professora do Centro Universitário UNA. Coordenadora da linha temática sobre o Mecanismo de Solução de Controvérsias da OMC, do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais - NETI-USP. Email: ccapucio@usp.br.

ABSTRACT

This paper intends to analyze the participation of the European Union in the World Trade Organization, contextualizing the legal conditions of its membership as a member itself, as well as highlighting the complexities arising from its participation in the WTO dispute settlement system. In order to achieve these objectives, primary sources (European Union treaties) and secondary sources (jurisprudence of the Court of Justice of the European Union) have been consulted, revisited critically by the specialized doctrine. The work is based on introductory notions, seeking to address some legal imprecisions that constitutes the delicate arrangement that allows the participation of the European Union as a member of the WTO. This paper address a theoretial problem that has not been frequently analyzed, as it is a topic of convergence between different areas (International Economic Law, Community Law or the Law of European Union), being a particularly innovative subject in Brazilian legal doctrine, what constitutes its main contribution. Applying the methodology described, the analysis reached the conclusion that in the definition of the limits between the competences of the Union and the Member States in the participation in the WTO and in its Dispute Settlement System the Court was remarkable pragmatic, disregarding hitherto established institutes in Community law. With an intention to reinforce the lack of direct applicability of the primary and secondary rules of WTO law, the Court sought to protect the community order from external intervention. Finally, it was found that the Community institutions have been sought to increase the transparency, accountability and legitimacy of the European Union's participation in the WTO, with recent initiatives of intra-Community proceduralisation.

Keywords: European Union. WTO. Disoute settlement. WTO Dispute Settlement System.

1. INTRODUÇÃO

A participação da União Europeia na OMC, e consequentemente no seu Sistema de Solução de Controvérsias, abarca uma série de peculiaridades decorrentes de sua natureza jurídica não estatal. Inicialmente, cumpre brevemente destacar que a estrutura jurídica que

permite a participação da UE na OMC é ainda hoje um emaranhado de ambiguidades jurídicas,¹ no que tange ao compartilhamento das competências entre a União e os seus Estados membros e no tocante aos efeitos do Direito da OMC² na ordem jurídica comunitária.³

A conclusão da Ata de Marrakesh se deu na forma de um acordo misto,^{4,5} no qual os Estados membros aderiram juntamente à União — então denominada Comunidades Europeias —, em função da opinião consultiva 1/94 do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE/TJCE).⁶ Naquela oportunidade, o TJUE/TJCE⁷ consi-

1 Para uma visão geral desse “emaranhado”. KUIJPER, Pieter J. The conclusion and implementation of the Uruguay Round Results by the European Community. *European Journal of International Law*, v. 6, p. 222-244, 1995; LEAL-ARCAS, Rafael. Polycephalous anatomy of the EC in the WTO: an analysis of law and practice. *Flórida Journal of International Law*, v. 19, p. 569-670, 2007.; BRAND, Ronald A. Direct effect of international economic law in the United States and the European Union. *Northwestern Journal of International Law & Business*, v. 17, n. 1, p. 556-608, 1996-1997.

2 Este trabalho adota a expressão “Direito da OMC” para designar o conjunto de normas primárias e secundárias do sistema multilateral de comércio, enquanto parte constitutiva do Direito Internacional Econômico. Para uma visão de recentes discussões acerca da OMC e de suas diversas temáticas na doutrina nacional, remete-se à consulta da edição especial da REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL, v. 11, n. 2, 2014. Disponível em: <https://www.rdi.uni-ceub.br/rdi/issue/view/197>. Acesso em: 11 dez. 2018.

3 Embora a literatura mais recente tenha debatido com frequência a “crise” da União Europeia, em especial a partir do Brexit – saída do Reino Unido da UE, é relevante destacar que tal conjuntura não desabona o significativo desenvolvimento normativo-institucional do ordenamento jurídico comunitário, com características ímpares como: primazia do direito comunitário, direta aplicabilidade, acesso ao sistema jurisdicional e aplicação de direitos e garantias supranacionais. Desse modo, não se abala a capacidade dessa ordem jurídica de oferecer modelos de mecanismos e instrumentos bem-sucedidos, especialmente no que tange à lógica diferenciada de relação entre o Direito Internacional (comunitário) e o direito interno dos Estados membros.

4 HELISKOSKI, Joni. *Mixed agreements as a technique for organizing the international relations of the european community and its member states*. Boston: Kluwer Law International, 2001. BASTOS, Fernando Loureiro. Os acordos mistos em direito comunitário: contributo para a compreensão do seu fundamento jurídico. Lisboa: SPB II Editores, 1999.

5 Para uma reflexão sobre as consequências jurídicas da celebração dos Acordos da OMC como acordos mistos na divisão de responsabilidade, com base na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1986. STEINBERGER, Eva. The WTO treaty as a mixed agreement: problems with the EC's and the EC member states' membership of the WTO. *European Journal of International Law*, v. 17, n. 4, p. 837-862, 2006.

6 *Opinion 1/94* (Rec.1994, p.I-5267), 15 nov. 1994.

7 Referimo-nos ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) como o órgão jurisdicional principal da atual União Europeia. Sua configuração modificou-se com o passar do tempo, assim como sua nomenclatura, uma vez que era anteriormente designado Tribunal

derou que a regra do *single undertaking* exigia a participação dos Estados membros em sua capacidade individual na OMC, uma vez que não havia competência comunitária exclusiva para abarcar todos os Acordos.

Tal competência exclusiva existia apenas para o Acordo GATT 1994, relativo ao comércio de bens, para o Acordo sobre Agricultura, para o Acordo de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias e para o Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio, por força do então artigo 133 do Tratado da CE.⁸ No que se referia ao GATS, o Tribunal concluiu que alguns modos de fornecimento (“*consumption abroad*”, “*commercial presence*” e “*presence of natural persons*”) não estariam abarcados pela política comercial comunitária, envolvendo competência compartilhada com os Estados membros. De modo similar, em relação ao TRIPS, o Tribunal concluiu que havia competência compartilhada, uma vez que a regulamentação trazida pelo Regulamento do Conselho n. 3842/86 não configurava uma completa harmonização em nível comunitário.⁹

Embora tenha declarado, portanto, a necessidade de comprometimento em conjunto pelos Estados membros e pela então Comunidade para participação na arquitetura normativa da OMC, o Tribunal perdeu a oportunidade de esclarecer com precisão a relação entre a então Comunidade e os Estados membros nessa matéria, o que futuramente resultaria numa série de controvérsias sobre a divisão de responsabilidades entre os Estados e a União em relação a violações de regras multilaterais.¹⁰

Assim, o presente trabalho parte da necessidade de compreender esse delicado enlace que permite, a partir dessa série de relações entre institutos do Direito Comunitário ou da União Europeia¹¹ e do Direito Interna-

cional Econômico¹² ora brevemente destacados, a participação da União Europeia como membro do Sistema Multilateral de Comércio — bem como as consequências jurídicas e ambiguidades de tal participação.

O trabalho se desenvolve, com base em três seções, que buscarão endereçar, a partir dessa breve apresentação do tema: (a) os efeitos jurídicos do Direito da OMC na ordem jurídica comunitária; (b) a governança interna à UE para tomada de decisão na OMC (c) e a proceduralização da participação da UE na OMC.

2. EFEITOS DO DIREITO DA OMC NA ORDEM JURÍDICA COMUNITÁRIA E A JURISPRUDÊNCIA DO TJUE

A opinião consultiva 1/94 endereçou, apenas, uma das diversas imprecisões iniciais no tocante às competências para integrar a OMC, deixando em aberto complexidades como a definição dos efeitos do Direito da OMC no ordenamento jurídico da União. Em face de preceito contido originariamente no Tratado de Roma — pelo qual tratados celebrados entre a Comunida-

e “Direito da União Europeia” como expressões intercambiáveis. Embora parte minoritária da doutrina adote postura “purista” nessa temática, vislumbrando significados que após a criação da UE as expressões indicariam objetos distintos, nos filiamos à corrente que vislumbra na União Europeia uma institucionalização evolutiva de um mesmo objeto: a ordem jurídica comunitária, construída com o intuito de estabelecer uma nova comunidade de direito, com características distintivas, enunciadas na jurisprudência clássica do TJCE. A esse respeito: “Na União Europeia, bloco econômico em regime de mercado comum e união monetária, vigora um direito específico e peculiar que é o Direito Comunitário, de caráter supranacional e dotado das seguintes características: aplicabilidade direta (vale dizer que a norma do bloco não necessita ser internalizada nos ordenamentos jurídicos dos Estados), primazia frente às normas nacionais (naqueles eventos em que, caso as normas nacionais conflitem com as normativas do bloco, sempre terão primazia as primeiras) e a uniformidade na interpretação e na aplicação das normativas”. GOMES, Eduardo Biachi. Integração econômica no MERCOSUL: opiniões consultivas e a democratização no acesso ao tribunal permanente de revisão. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 128-136, 2013. p. 131. Também partindo da mesma equivalência: DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; JAEGER JÚNIOR, Augusto. Por uma teoria jurídica da integração regional: a inter-relação direito interno, direito internacional público e direito da integração. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 138-158, 2015.

12 BADIN, Michelle Raton Sanchez; MOROSINI, Fabio Costa; OLIVEIRA, Inaê Siqueira de. Direito internacional econômico no Brasil: quem somos e o que fazemos?: evidências empíricas de 1994 a 2014. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 1, p. 5-25, 2016.

de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE). Não faremos diferenciação precisa entre eles, e pela compreensão de continuidade, nos referimos também por meio da sigla TJUE/TJCE.

8 Artigo 133 do Tratado que institui a CE, que por força do artigo 188-C do Tratado de Lisboa, passou a ser renumerado como o Artigo 207 do TFUE.

9 Para um estudo introdutório descritivo de nuances de peculiaridades da participação da UE na OMC. CAPUCIO, Camilla. A União Europeia como sujeito de direito internacional: estudos sobre sua natureza jurídica e o Treaty Making Power Comunitário. *Revista Eletrônica de Direito Internacional*, v. 5, p. 34-68, 2009. Disponível em: <http://www.cedin.com.br/revistaelectronica/volume5/>. Acesso em: 20 ago. 2018.

10 TRACHTMAN, Joel P. Bananas, direct effect and compliance. *European Journal of International Law*, v. 10, n. 4, p. 655-678, 1999.

11 O presente trabalho adota os termos “Direito Comunitário”

de e um ou mais de seus Estados membros, ou entre a Comunidade e uma Organização Internacional, seriam vinculantes para as instituições comunitárias — surgiram discussões acerca da aplicabilidade direta dos acordos internacionais concluídos pela Comunidade.

O TJUE/TJCE desenvolveu, contudo, uma cautelosa interpretação em sua jurisprudência acerca dos requisitos para a aplicabilidade direta dos acordos internacionais, como se verifica nos casos *Haegemann*,¹³ *Bresciani*,¹⁴ e *Demirel*.¹⁵

Contudo, em todas as oportunidades em que foi convocado para decidir sobre a aplicabilidade do GATT 1947, o Tribunal ponderou elementos de peculiaridade do Acordo para negar sua aplicabilidade direta e, portanto, sua exigibilidade judicial. Nos casos *International Fruit Company*,¹⁶ *Schlüter-Lörrach*,¹⁷ *SIOT*,¹⁸ *Michelin Italiana (SAMI)*,¹⁹ e *Bananas*,²⁰ o Tribunal negou aplicabilidade direta ao GATT 1947, afirmando a impossibilidade de invocar suas provisões para questionar a legalidade de atos comunitários, em razão do caráter “condicionado” e “flexível” dos compromissos que esse Acordo estabeleceu.

13 No caso *Haegeman*, o Tribunal explicitou que: “[...] an agreement concluded by the council under articles 228 and 238 of the eec treaty is, as far as concerns the community, an act of one of the institutions of the community the meaning of subparagraph (b) of the first paragraph of article 177. From the date it comes into force, its provisions form an integral part of community law.” TJUE/TJCE. *Haegemann v. Belgian State* (Rec.1974, p.449), Case 181/73, 30 abr. 1974.

14 No caso *Bresciani*, o Tribunal concluiu que sendo uma obrigação decorrente do Tratado Internacional “[...] specific and not subject to any implied or express reservation on the part of the community, it is capable of conferring on those subject to community law the right to rely on it before the courts.” TJUE/TJCE. *Bresciani v. Amministrazione delle finanze dello Stato* (Rec.1976, p.129), Case 87/75, 5 fev. 1976.

15 De modo similar, no caso *Demirel* foi explicitado que “[...] a provision in an agreement concluded by the community with non-member countries must be regarded as being directly applicable when, regard being had to its wording and the purpose and nature of the agreement itself, the provision contains a clear and precise obligation which is not subject, in its implementation or effects, to the adoption of any subsequent measure.” TJUE/TJCE. *Demirel v. Stadt Schwäbisch Gmünd* (Rec.1987, p.3719), Case 12/86, 30 out. 1987.

16 TJUE/TJCE. *International Fruit Company and others v. Produktschap voor Groenten en Fruit* (Rec.1972, p.1219), Case 21/72, 12 dez. 1972.

17 TJUE/TJCE. *Schlüter v. Hauptzollamt Lörrach* (Rec.1973, p.1135), Case 9/73, 24 out. 1973.

18 TJUE/TJCE. *SIOT v. Ministero delle finanze* (Rec.1983, p.731), Case 266/81, 16 mar. 1983.

19 TJUE/TJCE. *Amministrazione delle finanze dello Stato v. SPI and SAMI* (Rec.1983, p. 801), Case 267/81, 16 mar. 1983.

20 TJUE/TJCE. *Germany v. Council* (Rec.1994, p.I-4973), Case 280/93, 5 out. 1994.

Ao reconhecimento geral da não aplicabilidade do direito decorrente do GATT 1947, o Tribunal reconheceu duas exceções restritas, nos casos *Fedidol*²¹ e *Nakajima*.²² No primeiro caso, embora reafirmando que as regras do GATT não tinham efeito direto, o Tribunal aceitou uma ação judicial com base na violação de um Regulamento da Comissão que fazia referência expressa ao GATT 1947. No segundo caso, um Regulamento antidumping foi questionado com base nas regras do GATT 1947 e o Tribunal aceitou examinar sua legalidade, pois era uma medida tomada pela CE que intencionava implementar uma obrigação em particular.

Com a passagem do GATT 1947 para a OMC, houve profunda institucionalização e adensamento de juridicidade do sistema multilateral de comércio, por meio de sua arquitetura normativa e pelo seu Sistema de Solução de Controvérsias, que a princípio justificaria uma nova perspectiva sobre o tema. Assim, com a diminuição da condicionalidade e da flexibilidade das regras multilaterais houve expectativa de que a interpretação do Tribunal pudesse se modificar.

Contudo, quando o Tribunal foi chamado a se pronunciar no caso *Portugal v. Council (149/96)*, declarou a negação da aplicabilidade direta também às regras da OMC, desconsiderando os ganhos em institucionalidade e juridicidade ocorridos com a passagem do GATT para a OMC. Embora a controvérsia tenha sido solucionada no âmbito da interpretação jurisdicional do Tribunal, a esse respeito já havia a resolução da Comissão da UE aprovando a Ata de Marrakesh que já explicitava a visão da Comissão de que os Acordos por si só não eram diretamente aplicáveis.²³

No caso 149/96, o Tribunal não aceitou a invocação de regras da OMC por Portugal como base para questionar uma decisão do Conselho.²⁴ Naquela oportunidade, o Tribunal destacou o caráter negocial das

21 TJUE/TJCE. *Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (Fedidol) v. Commission* (Rec.1989, p. 1-1781), Case C-70/87, 22 jun. 1989.

22 TJUE/TJCE. *Nakajima All Precision Co. Ltd v. Council* (Rec.1991, p. 1-2069), Case C-69/89, 7 maio 1991.

23 TJUE/TJCE. *94/800/EC: Council Decision (of 22 December 1994) concerning the conclusion on behalf of the European Community, as regards matters within its competence, of the agreements reached in the Uruguay Round multilateral negotiations (1986-1994)*, OJ L 336, 23.12.1994, p. 1-2. TJUE/TJCE. *Commission of the European Communities, Proposal for a Council Decision Concerning the Conclusion of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations (1986-94)* Com(94), 143 apr. 15, 1994.

24 TJUE/TJCE. *Portugal v. Council* (Rec.1999, p.I-8395), Case C-149/96, 23 nov. 1999, para. 41.

obrigações e dos procedimentos do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC,²⁵ bem como o fato de que outros membros da OMC não consideravam as regras multilaterais vinculantes e diretamente aplicáveis às suas Cortes,²⁶ para manter sua interpretação restritiva.

E, assim, segundo a interpretação do Tribunal no caso em comento, “segue-se que os acordos da OMC, interpretados à luz do seu objeto e finalidade, não fixam os meios jurídicos adequados para assegurar que estes sejam aplicados de boa-fé na ordem jurídica das partes contratantes.”²⁷

A posição do TJUE/TJCE enfrentou críticas dentre diversos doutrinadores,^{28,29,30} que, de maneira geral, o acusaram de sobreponderar elementos políticos no julgamento, em vez de realizar uma análise jurídica.^{31,32,33}

25 TJUE/TJCE. *Portugal v. Council* (Rec.1999, p.I-8395), Case C-149/96, 23 nov. 1999. para. 42. “As regards, more particularly, the application of the WTO agreements in the Community legal order, it must be noted that, according to its preamble, the agreement establishing the WTO, including the annexes, is still founded, like GATT 1947, on the principle of negotiations with a view to ‘entering into reciprocal and mutually advantageous arrangements’ and is thus distinguished, from the viewpoint of the Community, from the agreements concluded between the Community and non-member countries which introduce a certain asymmetry of obligations, or create special relations of integration with the Community, such as the agreement which the Court was required to interpret in *Kupferberg*”.

26 TJUE/TJCE. *Portugal v. Council* (Rec.1999, p.I-8395), Case C-149/96, 23 nov. 1999. para. 44. “Admittedly, the fact that the courts of one of the parties consider that some of the provisions of the agreement concluded by the Community are of direct application whereas the courts of the other party do not recognise such direct application is not in itself such as to constitute a lack of reciprocity in the implementation of the agreement (*Kupferberg*, paragraph 18).”

27 Tradução livre do original em língua inglesa: “[...] follows that the WTO agreements, interpreted in the light of their subject-matter and purpose, do not determine the appropriate legal means of ensuring that they are applied in good faith in the legal order of the contracting parties.” TJUE/TJCE. *Portugal v. Council* (Rec.1999, p.I-8395), Case C-149/96, 23 nov. 1999.

28 ANTONIADIS, Antonis. The European Union and WTO law: a nexus of reactive, coercive and proactive approaches. *World Trade Review*, v. 6, n. 1, p. 45-87, 2007.

29 ZONNEKEYN, Geert A. The latest on indirect effect of WTO Law in the legal order: the Nakajima case law misjudged? *Journal of International Economic Law*, p. 597-608, 2001.

30 EECKHOUT, Piet. Judicial enforcement of WTO Law in the European Union: some further reflections. *Journal of International Economic Law*, v. 5, p. 91-110, 2005. p. 107.

31 MENGOZZI, Paolo. *Istituzione di Diritto Comunitario e Dell Unione Europea*. Padova: CEDAM, 2003. p. 367-369.

32 Como sustenta Rafael Leal-Arcas: “If the ECJ wants to maintain its doctrine that the GATT does not meet the direct effect test and extends it to other WTO Agreements, it will need to devise standards, other than those it has used until now, to deny direct effect to the GATT and WTO Agreements.” LEAL-ARCAS, Rafael. Polycephalous anatomy of the EC in the WTO: an analysis of law and practice. *Flórida Journal of International Law*, v. 19, p. 569-670, 2007. p. 209.

33 Em posição contrária, Cf: “[...]it should be noted that the main conclusion reached by the Court of Justice makes perfect sense. The WTO is a global intergovernmental endeavor, with an emphasis on a balance of conces-

Embora constitua um precedente relevante, que até atualmente embasa decisões do TJUE/TJCE nessa temática, a doutrina enfatiza que, no caso *Portugal*, os Acordos da OMC foram alegados pelo demandante como um parâmetro para questionar a legalidade de medidas comunitárias. Situação consideravelmente distinta seria aquela na qual o Tribunal tem à sua frente uma decisão do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC, que deve ser considerada — apesar de certamente conter suas peculiaridades —³⁴ como uma decisão jurídica vinculante de um órgão adjudicatório internacional.³⁵

Desde a opinião no caso *Atlanta*,³⁶ o TJUE/TJCE teria perdido preciosas oportunidades de realizar essa inevitável diferenciação, tornando sua jurisprudência “*confusa e desencorajadora*” nessa seara.³⁷ No caso *Biret*,³⁸ embora tenha destacado que o Tribunal de primeira instância deveria ter diferenciado em sua análise, o precedente contido no caso *Portugal* da situação na qual um relatório adotado pelo Órgão de Solução de Controvérsias (OSC)³⁹ não foi implementado pela UE, o Tribunal evitou adentrar na

sions or, to quote the Preamble of the Marrakesh Agreement, ‘reciprocal and mutually advantageous arrangements’. Individual companies are not granted any direct right to a particular reduction of tariffs or other barriers to trade. [...] None of the major trading powers accord direct effect to the WTO Agreements in their internal legal orders.” ROSAS, Allan. Implementation and enforcement of WTO dispute settlement findings: an EU perspective. *Journal of International Economic Law*, v. 4, p. 131-144, 2001. p. 140.

34 Acerca das especificidades das decisões do SSC da OMC, e a visão de que as mesmas não lhe retiram a natureza de decisão adjudicatória internacional. CAPUCIO, Camilla. A natureza jurídica do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC e de suas decisões: solucionando um imbróglio. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, p. 315-340, 2017.

35 MENGOZZI, Paolo. *Istituzione di Diritto Comunitario e Dell Unione Europea*. Padova: CEDAM, 2003. p. 367-369.

36 TJUE/TJCE. *Opinion of Mr Advocate General Mischo delivered on 6 May 1999*. Atlanta AG and others v Commission of the European Communities and Council of the European Union (Rec.1999, p.I-06983), Case C-104/97, 14 out. 1999. Foi a primeira situação na qual o tribunal foi chamado para expressar sua posição sobre o status de um Relatório adotado pelo Órgão de Solução de Controvérsias no ordenamento jurídico comunitário. ZONNEKEYN, Geert A. The legal status of WTO panel reports in the EC legal order: Some reflections on the opinion of advocate general Mischo in the Atlanta case. *Journal of International Economic Law*, v. 2, p. 713-722, 1999.

37 ERRICO, John. The WTO in the EU: Unwinding the Knot. *Cornell International Law Journal*, v. 44, p. 179-208, 2011.

38 TJUE/TJCE. *habissements Biret et Cie SA v. Council* (Rec.2003, p. I-10565), Case C-94/02, 30 set. 2003.

39 Sobre o desenho institucional que faz com que as decisões do OSC sejam, na realidade, decisões adjudicatórias internacionais, emanadas pelo OSC como integrante do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC. CAPUCIO, Camilla. A natureza jurídica do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC e de suas decisões: solucionando um imbróglio. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, p. 315-340, 2017.

análise da controvérsia, reconhecendo que o demandante não poderia ter sofrido danos em função de elementos factuais do caso,⁴⁰ esquivando-se de avaliar as consequências jurídicas da diferenciação do precedente.

No referido caso, o Advogado Geral reconheceu que a finalidade última do direito da OMC é a proteção dos indivíduos e que, portanto, as decisões do Sistema de Solução de Controvérsias deveriam poder ser invocadas pelas partes nos órgãos jurisdicionais comunitários.⁴¹ Embora tenha restado sem efeitos práticos, referida posição é valiosa ao explicitar que a invocabilidade direta de tais decisões não se apresenta como uma visão utópica ou destituída de fundamentação.⁴²

Com base nesse caso, parte da doutrina interpreta que o TJUE/TJCE teria deixado a porta aberta para o reconhecimento de uma obrigação da UE consubstanciada nos relatórios adotados pelo OSC, e uma consequente responsabilidade em caso de não implementação das decisões do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC.^{43,44,45}

40 O fato de que o prazo para a implementação da decisão do OSC se esgotava em 1999, e a empresa Biret foi objeto de liquidação judicial em 1995.

41 “It seems unfair to deny a citizen a right to claim damages where the Community legislature, by failing to act, maintains a state of affairs that is contrary to WTO law more than four years after the expiry of the period allowed to comply [...] and continues unlawfully to reduce the citizen’s fundamental rights.” Opinion of Advocate General Alber. TJUE/TJCE. *hablissements Biret et Cie SA v. Council* (Rec.2003, p. I-10565), Case C-94/02, 30 set. 2003.

42 Para uma construção doutrinária sólida a este respeito, remete-se à rica produção do prof. Ernst-Ulrich Petersmann. PETERSMANN, Ernst-Ulrich. From the hobbesian international law of co-existence to modern integration law: the WTO Dispute Settlement System. *Journal of International Economic Law*, v. 1, n. 2, p. 175-198, 1998; PETERSMANN, Ernst-Ulrich. How to constitutionalize international law and foreign policy for the benefit of civil society? *Michigan Journal of International Law*, v. 20, p. 1-30, 1998; PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Human rights, international economic law and constitutional justice: a rejoinder. *European Journal of International Law*, v. 19, n. 5, p. 955-960, 2008; PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Multilevel governance problems of the world trading system beyond the WTO Conference at Bali 2013. *Journal of International Economic Law*, v. 17, p. 233-270, 2014; PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Multilevel judicial governance as guardian of the constitutional unity of international economic law. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, v. 30, n. 3, p. 367-418, 2008.

43 ALEMANNINO, Alberto. Judicial enforcement of the WTO hormones ruling within the European community: toward ec liability for the non-implementation of WTO Dispute Settlement Decisions. *Harvard International Law Journal*, v. 45, p. 547-562, 2004.

44 ZONNEKEYN, Geert A. EC Liability for the Non-Implementation of WTO Dispute Settlement Decisions - Advocate General Alber Proposes a ‘Copernican Innovation’ in the Case Law of the ECJ. *Journal of International Economic Law*, v. 6, p. 761-769, 2003.

45 O princípio enunciado no caso Nakajima, como uma das ex-

Contudo, nos anos seguintes a esse caso, observou-se uma recrudescência da perspectiva expressa no precedente *Portugal*,⁴⁶ com a rejeição das demandas nos casos *IKEA*,⁴⁷ *Leon Van Parys*⁴⁸ e *Chiquita*.⁴⁹ Por fim, nos casos *FLAMM*⁵⁰ o TJUE/TJCE rejeitou, repetidamente, a possibilidade de demandas com base em violação do Direito da OMC ou decisões do OSC sustentadas no artigo 340(2) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).^{51, 52}

A posição de não aplicabilidade direta das regras multilaterais e das decisões do Sistema de Solução de

ceções à não aplicabilidade, e retomado no caso Portugal poderia ser um pilar para este reconhecimento: “The principle of implementation clearly offers nice opportunities for communication between the vessels of EU and WTO law, and between judicial operators of both systems. It would be particularly useful if it were applied, not only in straightforward cases of EC acts expressing to implement parts or provisions of WTO law, but also in the more politically charged context of implementation of WTO dispute rulings [...]”. EECKHOUT, Piet. Judicial enforcement of WTO Law in the European Union: some further reflections. *Journal of International Economic Law*, v. 5, p. 91-110, 2005. p. 109.

46 MEY, Delphine de. The effect of WTO Dispute Settlement Rulings in the EC Legal Order: Reviewing Van Parys v Belgische Interventie-en Restitutiebureau (C-377/02). *German Law Journal*, v. 6, p. 1025-1032, 2005; EGLI, Patricia. European Community-EC compliance with rulings of WTO Dispute Settlement Body in Bananas dispute- effect of WTO agreements and dispute settlement rulings in EC law-standing to challenge EC legislation as inconsistent with WTO agreements and rulings. *American Journal of International Law*, v. 100, p. 449-454, 2006. ERRICO, John. The WTO in the EU: Unwinding the Knot. *Cornell International Law Journal*, v. 44, p. 179-208, 2011.

47 Ikea Wholesale Ltd v. Comm’rs of Customs & Excise (Rec.2007, p. 1-7723), Case C-351/04, 27 set. 2007.

48 TJUE/TJCE. *Lon Van Parys NV v. Belgisch Interventie-en Restitutiebureau (BIRB)* (Rec. 2005, p. 1-1465), Case C-377/02, 1 mar. 2005.

49 TJUE/TJCE. *Chiquita Brands International, Inc. and Others v. Commission* (Rec.2005, p. 11-315), Case T-19/01, 3 fev. 2005.

50 TJUE/TJCE. *Fabbrica Italiana Accumulatori Motocarri Montecchio SpA v. Council* (Rec.2008, p. 1-6513, 23-24, 30), Joined Cases C-120/06P & C-121/06P, 9 set. 2008.

51 O dispositivo citado correspondia ao artigo 288 do Tratado CE, convertido em atual artigo 340 para 2 na atual versão do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, como modificado pelo Tratado de Lisboa: “Em matéria de responsabilidade extracontratual, a União deve indemnizar, de acordo com os princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-Membros, os danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das suas funções.”

52 Assim, explicita Antonello Tancredi: “The main critique moved towards the Court’s reasoning is that by misinterpreting the DSU provisions the ECJ has reached the incorrect conclusion that compensation and toleration of retaliation are suitable, albeit temporary, alternatives to full and immediate compliance. In other words, the ECJ seems to imply that compliance is negotiable, if provisionally, in the WTO.” TANCREDI, Antonello. EC Practice in the WTO: how wide is the ‘scope for manoeuvre’? *European Journal of International Law*, v. 15, n. 5, p. 933-961, 2004. p. 944.

Controvérsias da OMC parece consagrar uma posição pragmática do Tribunal, tendo em vista uma indesejabilidade do reconhecimento dessas decisões como vinculantes às instituições comunitárias. A propósito, Mark Pollack argumenta sobre uma novíssima ideia de “soberania” da União Europeia no Direito Internacional, por meio da qual a UE tornou-se protetora de sua ordem comunitária em face de intervenções externas, em aproximação à postura norte-americana das relações internacionais.⁵³

Adicionalmente, cumpre destacar que a jurisprudência do TJUE/TJCE é farta em conceitos e perspectivas que poderiam embasar a posição inversa da adotada nessa temática sensível.⁵⁴ Nesse sentido vale destacar que, na *Opinião 1/91*, o Tribunal reconheceu que a Comunidade poderia se submeter a um órgão adjudicatório internacional, sob certas circunstâncias, e que suas decisões seriam vinculantes e cogentes às instituições comunitárias:

Quando, todavia, um acordo internacional estabelece o seu próprio sistema de tribunais, incluindo um tribunal competente para dirimir litígios entre as partes contratantes do acordo e, como resultado, para interpretar as suas disposições, as decisões do tribunal serão vinculativas às instituições comunitárias, incluindo o Tribunal de Justiça. Essas decisões também serão obrigatórias no caso de o Tribunal de Justiça ser chamado a pronunciar-se, por meio de decisão preliminar ou em uma ação direta, sobre a interpretação do acordo internacional, na medida em que o acordo é parte integrante de da ordem jurídica comunitária.

Um acordo internacional que preveja tal sistema jurisdicional é, em princípio, compatível com o direito comunitário. A competência da Comunidade no domínio das relações internacionais e sua capacidade para celebrar acordos internacionais necessariamente implica o poder de submeter-se às decisões de um tribunal que seja criado ou designado por um acordo desse tipo no que diz respeito à interpretação e aplicação das suas disposições.⁵⁵

53 POLLACK, Mark A. *The new, new sovereignty or how the Europe Union became disenchanted with international law and defiantly protective of its domestic legal order*. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2956738>. Acesso em: 09 set. 2018.

54 Em sentido correlato: “[...] *The ECJ is the direct effect court par excellence, and by refusing to extend the direct effect doctrine to WTO law, it is refusing to impose duties upon itself analogous to those which it has imposed on courts and tribunals in the EC Member States. By developing the notion of direct effect, the ECJ has urged domestic courts to give effect to EC law, but it is itself refusing to give effect to WTO law [...]*” ECKHOUT, Piet. Judicial enforcement of WTO Law in the European Union: some further reflections. *Journal of International Economic Law*, v. 5, p. 91-110, 2005. p. 98.

55 Tradução livre do original em Língua Inglesa: “*Where, however,*

É relevante destacar que, embora a aplicabilidade direta pudesse ser tecnicamente justificada, conforme se buscou destacar, a posição do tribunal espelha a prática de outros membros da OMC. Especificamente, o fato de outros ordenamentos jurídicos não conferirem aplicabilidade e invocabilidade direta foi um dos argumentos nos quais se embasou o TJUE/TJCE para negar esses efeitos, e essa argumentação tende a ser utilizada por outros membros.⁵⁶ Desse modo, constrói-se uma lógica de certo modo tautológica e que leva à tendência de recrudescimento da limitação da possibilidade de exercício de direitos pelos indivíduos com base no Direito da OMC em diversos ordenamentos.

No que se refere, especificamente, ao Sistema de Solução de Controvérsias da OMC, reconhece-se que a UE/CE mantém o multilateralismo como elemento central da projeção internacional de sua política comercial, buscando promover uma implementação “*mais expedita*” das decisões do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC. Isto pois o multilateralismo econômico traduzido pela dimensão jurídica da OMC seria base de legitimidade e fortalecimento de sua própria colocação no comércio internacional.⁵⁷

an international agreement provides for its own system of courts, including a court with jurisdiction to settle disputes between the Contracting Parties to the agreement, and, as a result, to interpret its provisions, the decisions of that court will be binding on the Community institutions, including the Court of Justice. Those decisions will also be binding in the event that the Court of Justice is called upon to rule, by way of preliminary ruling or in a direct action, on the interpretation of the international agreement, in so far as that agreement is an integral part of the Community legal order. An international agreement providing for such a system of courts is in principle compatible with Community law. The Community's competence in the field of international relations and its capacity to conclude international agreements necessarily entails the power to submit to the decisions of a court which is created or designated by such an agreement as regards the interpretation and application of its provisions.” TJUE/TJCE. *Opinion 1/91, Draft agreement relating to the creation of the European Economic Area* (Rec. 1991, p. 1-6079), 14 dez. 1991. para. 39-40.

56 TJUE/TJCE. *Portugal v. Council* (Rec.1999, p.I-8395), Case C-149/96, 23 nov. 1999. para. 44. “Admittedly, the fact that the courts of one of the parties consider that some of the provisions of the agreement concluded by the Community are of direct application whereas the courts of the other party do not recognise such direct application is not in itself such as to constitute a lack of reciprocity in the implementation of the agreement (Kupferberg, paragraph 18).”

57 Nesse sentido se posiciona Carlos Cozende: “Ao mesmo tempo, por não dispor de coesão interna similar a um Estado, a Comunidade Europeia (e também a União Europeia no seu alcance mais amplo) utiliza melhor seus fatores de poder num ambiente regulado por regras explícitas do que num cenário onde prevaleçam os elementos anárquicos do sistema internacional. Na União Europeia, o sistema internacional e o papel que nele possam representar os países que a constituem são uma justificativa de sua própria existên-

Por outro lado, esse emaranhado de imprecisões jurídicas, como brevemente destacamos, às vezes causa dificuldades em temas como a implementação das decisões e a distribuição de competências e responsabilidades entre os Estados membros e a União.

Pode-se mencionar, por exemplo, a controvérsia *European Communities – Customs Classification of Certain Computer Equipment*,⁵⁸ na qual os EUA entenderam que a UE e os seus Estados membros Irlanda e Reino Unido seriam responsáveis pela violação de disposições do GATT 1994, requisitando a formação de três painéis diversos para analisar a questão.

Na oportunidade, a UE tratou de firmar um acordo com os EUA, garantindo que somente contra ela seria a demanda. Referido caso explicitou o interesse da UE em não permitir interferências externas — sejam elas do SSC ou dos demais membros da OMC — na delimitação de competências e responsabilidades entre a UE e seus Estados membros, questões que o próprio Painel do caso evitou adentrar.⁵⁹

3. ASPECTOS DA GOVERNANÇA COMUNITÁRIA PARA TOMADA DE DECISÃO NA OMC

É relevante, também, mencionar que a própria operacionalização da participação da UE na OMC é temática complexa e pouco transparente na relação entre as instituições comunitárias. Se formalmente a UE e todos os seus Estados são membros da OMC em seu status individual, na prática o bloco personifica um ator único nas negociações multilaterais e no Sistema de Solução de Controvérsias,⁶⁰ como se evidencia no caso supracitado.

cia.” COZENDEY, Carlos Márcio Bicalho. *O Sistema de Solução de Controvérsias da OMC: para além dos contenciosos, a política externa*. Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/temas/temas-multilaterais/copy_of_desenvolvimento-comercio-e-financas/organizacao-mundial-do-comercio/solucao-de-controversias/cgc/artigo-cozende-y. Acesso em: 15 dez. 2017. p. 16.

58 WORLD TRADE ORGANIZATION. *Appellate body report, european communities: customs classification of certain computer equipment*. WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, 05 jun. 1998.

59 CAPUCIO, Camilla. *O regionalismo e o comércio internacional*. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. CAPUCIO, Camilla. O status jurídico da União Europeia como membro da OMC: estudo sobre os acordos mistos no direito comunitário. In: MENEZES, Wagner. *Estudos de Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 135-146.

60 SERDAREVIC, Asja. *European Union and its member states as a collective actor in WTO decision-making process*. ACES Cases, n. 2010.3.

O desenvolvimento da política comercial comum fica a cargo da Comissão, que pela complexidade de sua tarefa necessitou desenvolver instrumentos e procedimentos para a sua realização, como brevemente abordaremos. A tomada de decisão pela Comissão na esfera da OMC é criticada por seus reduzidos níveis de transparência, legitimidade e *accountability*, princípios basilares do direito comunitário.⁶¹

Houve, contudo, um avanço significativo na inclusão de competências ao parlamento europeu relacionadas à definição da política comercial comum, uma vez que, na redação original do então artigo 133 do Tratado que instituiu a CE⁶², o parlamento ficava de fora da tomada de decisão nessa matéria, alterada pelo Tratado de Lisboa.⁶³

Disponível em: http://aei.pitt.edu/59173/1/ACES_Case_Serdarevic_2010.pdf. Acesso em: 05 mar. 2018.

61 SERDAREVIC, Asja. *European Union and its member states as a collective actor in WTO decision-making process*. ACES Cases, n. 2010.3. Disponível em: http://aei.pitt.edu/59173/1/ACES_Case_Serdarevic_2010.pdf. Acesso em: 05 mar. 2018. p. 1.

62 Artigo 133 constante na Redação do Tratado que instituiu a CE: “1. A política comercial comum assenta em princípios uniformes, designadamente no que diz respeito às modificações pautais, à celebração de acordos pautais e comerciais, à uniformização das medidas de liberalização, à política de exportação, bem como às medidas de defesa comercial, tais como as medidas a tomar em caso de dumping e de subsídios. 2. Tendo em vista a execução desta política comercial comum, a Comissão submete propostas ao Conselho. 3. Quando devam ser negociados acordos com um ou mais Estados ou organizações internacionais, a Comissão apresenta, para o efeito, recomendações ao Conselho, que a autoriza a encetar as negociações necessárias. Cabe ao Conselho e à Comissão assegurar que os acordos negociados sejam compatíveis com as políticas e normas internas da Comunidade. As negociações são conduzidas pela Comissão, em consulta com um comité especial designado pelo Conselho para a assistir nessas funções e no âmbito das directrizes que o Conselho lhe possa endereçar. A Comissão apresenta regularmente ao comité especial um relatório sobre a situação das negociações. [...]”

63 Nova redação deste artigo, que por força do artigo 188-C do Tratado de Lisboa, passou a ser renumerado como o Artigo 207 do TFUE: “1. A política comercial comum assenta em princípios uniformes, designadamente no que diz respeito às modificações pautais, à celebração de acordos pautais e comerciais sobre comércio de mercadorias e serviços, e aos aspectos comerciais da propriedade intelectual, ao investimento estrangeiro directo, à uniformização das medidas de liberalização, à política de exportação, bem como às medidas de defesa comercial, tais como as medidas a tomar em caso de dumping e de subsídios. A política comercial comum é conduzida de acordo com os princípios e objectivos da acção externa da União. 2. O Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de regulamentos adoptados de acordo com o processo legislativo ordinário, estabelecem as medidas que definem o quadro em que é executada a política comercial comum. 3. Quando devam ser negociados e celebrados acordos com um ou mais países terceiros ou organizações internacionais, é aplicável o artigo 218.o, sob reserva das disposições específicas do presente artigo. Para o efeito, a Comissão apresenta recomendações ao Conselho, que a autoriza a encetar as negociações

No que tange, especificamente, ao gerenciamento da participação da UE no Sistema de Solução de Controvérsias da OMC, a Comissão desempenha um papel central. Dois órgãos da estrutura interna da Comissão são relevantes para o desempenho deste papel: o *Directorate-General for Trade* (DG Trade, Diretório Geral de Comércio) e o *Legal Service*.⁶⁴

4. PROCEDIMENTALIZANDO A PARTICIPAÇÃO NA OMC: DESAFIOS E PERSPECTIVAS

Existem dois procedimentos para o estabelecimento de uma disputa no Sistema de Solução de Controvérsias da OMC pela União Europeia.⁶⁵ O primeiro procedimento, embasado no artigo 207 do TFEU,⁶⁶ mas de caráter informal e não escrito, permite que partes interessadas — do setor privado ou os próprios Estados membros — apresentem requerimento à Comissão para o estabelecimento de uma disputa no Sistema de Solução de Controvérsias da OMC.⁶⁷

necessárias. Cabe ao Conselho e à Comissão assegurar que os acordos negociados sejam compatíveis com as políticas e normas internas da União. As negociações são conduzidas pela Comissão, em consulta com um comitê especial designado pelo Conselho para assistir nessas funções e no âmbito das diretrizes que o Conselho lhe possa endereçar. A Comissão apresenta regularmente ao comitê especial e ao Parlamento Europeu um relatório sobre a situação das negociações [...].”

64 Segundo a autora: “*DG Trade is responsible for the political aspects of WTO dispute settlements, while the Legal Service deals with the legal aspects. DG Trade decides over the initiation of disputes and requesting consultations with third parties, while the Legal Service is responsible for arguing the EU’s case before the Panel and the Appellate Body of the WTO. The two DGs are mutually dependent on each other, since the Legal Service relies on the investigations and reports of DG Trade for obtaining facts important for a case, and DG Trade depends on the Legal Service for a successful outcome.*” SERDAREVIC, Asja. *European Union and its member states as a collective actor in WTO decision-making process*. ACES Cases, n. 2010.3. Disponível em: http://aei.pitt.edu/59173/1/ACES_Case_Serdarevic_2010.pdf. Acesso em: 05 mar. 2018. p. 8.

65 Para uma comparação entre ambos os caminhos, sob a perspectiva de seu uso prático, e das vantagens e desvantagens. SHAFER, Gregory C. *Is the EC moving towards a U.S. Partnership Model? In: SHAFER, Gregory C. Defending interests: public-private partnerships in WTO litigation*. Washington: Brookings Institutions Press, 2003. p. 65-101.

66 Artigo 133 do Tratado que institui a CE, que por força do artigo 188-C do Tratado de Lisboa, passou a ser renumerado como o Artigo 207 do TFUE.

67 Especificamente sobre o iter deste pedido, a autora descreve: “*The usual procedure is that officials in DG Trade first examine and scrutinize the complaint in close cooperation with lawyers of the WTO and International Trade Team in the Commission’s Legal Service. The issue is then discussed in the Trade Policy Committee before the Commission takes a final decision whether*

O segundo caminho é embasado no Regulamento de Barreiras ao Comércio (*Trade Barriers Regulation – TBR*, Regulamento da Comissão n. 3286/94),⁶⁸ que também permite que partes interessadas e Estados membros ingressem com requerimento à Comissão para investigação de barreiras ao comércio que lhe sejam prejudiciais.

Nesse procedimento, o Conselho da UE e os Estados membros podem atuar, por meio de um Comitê (*advisory committee*), havendo, inclusive, a possibilidade de adoção de medidas retaliatórias pelo Conselho.⁶⁹

Os processos de decisão relativos aos acordos comerciais internacionais se embasam no então artigo 133 do Tratado da CE⁷⁰ e, por isso, o grupo de agentes nacionais com experiência e conhecimento em comércio internacional que representa o Conselho na temática da OMC é conhecido como o “*Comitê 133*”. Sua composição,⁷¹

to launch a WTO dispute, as sometimes a final opinion of the Committee is requested.”⁵⁵ Furthermore, the Member States are informed about the developments in the dispute settlement proceedings during the Trade Policy Committee’s meetings and the INTA committee is also briefed on the progress.” SERDAREVIC, Asja. *European Union and its member states as a collective actor in WTO decision-making process*. ACES Cases, n. 2010.3. Disponível em: http://aei.pitt.edu/59173/1/ACES_Case_Serdarevic_2010.pdf. Acesso em: 05 mar. 2018. p. 11.

68 Council Regulation EC N. 3286/94 of 22 December 1994 laying down Community procedures in the field of the common commercial policy in order to ensure the exercise of the Community’s rights under international trade rules, in particular those established under the auspices of the World Trade Organization. Official Journal L 349, 31 dez. 1994. p. 0071 – 0078.

69 Segundo o autor, foram também editados mecanismos semelhantes específicos para antidumping e subsídios: “[...] allows trade operators’ complaints to be channelled through an administrative mechanism that, at any rate, ascribes mainly to the EC Commission the choice to either bring a complaint before the WTO supervisory organs or to terminate/suspend the investigation, or alternatively to seek an agreed solution. Therefore, the TBR – at least partly – seems to share the function and the nature of the traditional diplomatic protection remedy provided for by general international law. TBR-like twin mechanisms have also been set up in the field of anti-dumping and for subsidized imports.” TANCREDI, Antonello. *EC Practice in the WTO: how wide is the ‘scope for manoeuvre’?* *European Journal of International Law*, v. 15, n. 5, p. 933–961, 2004. p. 240.

70 Artigo 133 do Tratado que institui a CE, que por força do artigo 188-C do Tratado de Lisboa, passou a ser renumerado como o Artigo 207 do TFUE.

71 Assim destaca um relatório do World Wide Fund For Nature: “*The Committee has no set numbers of participants and there can be around 50 people at its meetings. It operates at two main levels: • Deputy level: 3-4 national trade officials from each member state: Commerce or Trade Counsellors from the Permanent Representations in Brussels, plus 2-3 trade experts from the national capitals who meet on a Friday • Full member level or “top configuration”: a monthly Friday meeting of national Trade Directors-General from member states, plus supporting officials. In addition, other meetings of national experts examine specific issues on behalf of the 133 Committee where specialist discussion is needed.*” WORLD WIDE FUND FOR NATURE. *A league of gentlemen: who really runs EU trade decision-making?* nov. 2003. Disponível em:

operacionalização,^{72, 73} mandato⁷⁴ e controle^{75, 76} são de de-

<http://www.google.com.br/url?sa=t&rcrt=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CC8QFjAA> Acesso em: 6 mar. 2018. p. 8.

72 Sobre sua operacionalização, o relatório destaca: “*The 133 Committee thus has the main responsibility for ensuring necessary amendments to the Commission’s proposals for EU positions in trade agreements. Like other Council Advisory Committees, the 133 Committee has no formal operational guidelines. The Committee works by consensus and ‘gentleman’s agreement’; there are almost no formal votes – as one 133 Committee member stated: “we hardly ever vote”.* WORLD WIDE FUND FOR NATURE. *A league of gentlemen: who really runs EU trade decision-making?* nov. 2003. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rcrt=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CC8QFjAA> Acesso em: 6 mar. 2018. p. 9.

73 Também a este respeito, Anna Murphy observa: “*As a result, the 113 Committee’s formal role remains advisory. On the other hand, as policy has been channelled through representatives of the Member States in the Committee, opinions of the 113 Committee are rarely overturned by the Council and are sometimes treated as if they were official decisions of the Council. Although it does not formally vote and Council decisions are taken on the basis of qualified majority, the Committee seeks consensus amongst the members. At a minimum, it tried to ensure that there is no blocking minority before passing matters upwards to the next level of decision-making. Conscious efforts are made not to ignore or isolate individual Member States.*” MURPHY, Anna. In the maelstrom of change: the article 113 committee in the governance of external economic policy. In: CHRISTIANSEN, Thomas; KIRCHNER, Emil. (eds.) *Committee Governance in the European Union*. Manchester: Manchester University Press, 2000. p. 98-104. p. 99.

74 Assim explicita Rafael Leal-Arcas: “*The three main tasks of the Article 133 Committee are: 1) to advise the Commission in the negotiations on trade and tariff matters, which the Commission conducts on behalf of the Community; 2) to act as a typical Council preparatory body when preparing certain legislation for adoption by the EU Council; and 3) to advise the Commission on routine matters on which the Commission makes decisions vis-à-vis third countries in the management of the EC’s common commercial policy.*” LEAL-ARCAS, Rafael. The EU institutions and their modus operandi in the world trading system. *Columbia Journal of European Law*, v. 12, p. 147-238, 2005. p. 161.

75 Por sua relevância no descortinamento deste assunto, nos referimos novamente ao relatório da World Wide Fund For Nature: “*Like other Council Advisory Committee meetings, this Committee operates in camera normally without public agendas. However, the role of other Committees is balanced by a wider consultation process, which includes the European Parliament from the start. There are some significant differences in the discussions of the 133 Committee on international trade agreements which increase the impact of its secretive operations, compared with discussions of Council Committees in other policy areas:* • *It is the sole body consulted on proposed EU positions for trade agreements; Parliament is excluded from the consultation process.* • *It debates an unpublished Commission proposal.* • *It is strongly influenced by expert and highly experienced Commission officials – in the words of one national expert: “it’s the one committee where a very vocal and active Commission has the lead role, not governments”.* • *It holds substantial decision-making powers in itself, particularly on the EU negotiating mandate, as national Trade Ministers do not often get involved in the technical details.”* WORLD WIDE FUND FOR NATURE. *A league of gentlemen: who really runs EU trade decision-making?* nov. 2003. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rcrt=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CC8QFjAA> Acesso em: 6 mar. 2018. p. 8-9.

76 “*The 113 Committee lacks openness and transparency concerning its work.*” MURPHY, Anna. In the maelstrom of change: the article 113 committee in the governance of external economic policy. In: CHRISTIANSEN, Thomas; KIRCHNER, Emil. (eds.) *Committee Governance in the European Union*. Manchester: Manchester University Press, 2000. p. 98-104. p. 99.

limitação imprecisa, uma vez que poucas informações oficiais estão disponíveis sobre esse tema.

Embora a transparência seja um dos princípios norteadores da atuação interna das instituições comunitárias, haveria uma mitigação desse princípio no que tange ao processo decisório relacionado ao Sistema de Solução de Controvérsias da OMC, uma vez que as reuniões e documentos dos órgãos internos da Comissão que compõem a tomada de decisão nessa matéria não estão disponíveis ao acesso do público.⁷⁷

Alega-se que, dado o caráter técnico e estratégico da matéria, o incremento de transparência, *accountability* e legitimidade seria contraproducente e poderia afetar a agilidade com que as posições devem ser tomadas, podendo, inclusive, “ameaçar” a posição da UE no Sistema de Solução de Controvérsias da OMC. De todo modo, o procedimento previsto pelo regulamento das barreiras ao comércio oferece um relevante canal para participação dos setores interessados.⁷⁸

Como se mencionou, recentes modificações nas competências das instituições comunitárias trazidas pelo Tratado de Lisboa permitem a participação do Parlamento Europeu na tomada de decisão em assuntos relativos à OMC, o que, certamente, pode ser interpretado como uma tentativa de incremento na transparência, *accountability* e legitimidade nas negociações comerciais, ainda que com o custo de delongá-las e com o risco de afetar sua eficiência e sua flexibilidade.⁷⁹

Cabe lembrar que já houve proposta do parlamento da UE para a constituição de um órgão de caráter parlamentar na OMC,⁸⁰ objetivando um controle mais efeti-

77 SERDAREVIC, Asja. *European Union and its member states as a collective actor in WTO decision-making process*. ACES Cases, n. 2010.3. Disponível em: http://aei.pitt.edu/59173/1/ACES_Case_Serdarevic_2010.pdf. Acesso em: 05 mar. 2018. p. 17.

78 SERDAREVIC, Asja. *European Union and its member states as a collective actor in WTO decision-making process*. ACES Cases, n. 2010.3. Disponível em: http://aei.pitt.edu/59173/1/ACES_Case_Serdarevic_2010.pdf. Acesso em: 05 mar. 2018. p. 27.

79 “*The implementation of trade policy stays with the Commission, but the Council and the EP will have some say in these matters. It is yet to be seen how the EP will use its legislative powers in trade policy to influence implementation.*” SERDAREVIC, Asja. *European Union and its member states as a collective actor in WTO decision-making process*. ACES Cases, n. 2010.3. Disponível em: http://aei.pitt.edu/59173/1/ACES_Case_Serdarevic_2010.pdf. Acesso em: 05 mar. 2018. p. 28.

80 Assim narra a autora: “[...] In November 1999, it [European Parliament] had adopted a resolution calling on ‘the Council and the Commission to examine the possibility of setting up a WTO Parliamentary Assembly to achieve greater democratic accountability’. The proposal was then taken up and unanimously approved by the parliamentarians from WTO Member states at

vo das atividades normativas da OMC, tendo em vista a percepção de que, nessa temática, há “[...] ‘assimetrias de informação’ e desconfiança democrática em face da construção intergovernamental de regras em instituições em todo o mundo, longe de cidadãos nacionais e grupos parlamentares.”⁸¹

Por fim, retomando a temática da implementação das decisões do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC pela União Europeia, explicita-se o pertinente diagnóstico de Antonello Tancredi:

Esta visão sumária mostra que o registro de implementação da CE, embora não seja exemplar, não se vincula a uma abordagem de não-cumprimento em geral. Na maioria dos casos, de fato, a Comunidade manifestou a sua vontade de cumprir as decisões do OSC, tendo adotado as medidas de aplicação, embora com atrasos muito longos (medidas adotadas após o termo do período de tempo razoável), e não sem contestação quanto à sua coerência com a decisão desfavorável. Por outro lado, os registros parecem refletir uma atitude que, de acordo com a visão tradicionalmente mantida pelo Tribunal de Justiça Europeu (TJE) desde o caso *International Fruit* até o caso *Portugal*, encontra o seu fundamento no princípio das negociações com vistas a alcançar soluções mutuamente satisfatórias, mesmo para além dos limites estabelecidos pelo ESC. O número de litígios resolvidos pela Comunidade, por si só ou em conjunto com os seus Estados-Membros, por meio de uma solução mutuamente acordada, apoia este ponto de vista.⁸²

the Seattle Ministerial, calling the ‘establishment of a Standing Body of Parliamentarians whereby members of parliament can Exchange views, be informed and monitor WTO negotiations and activities.’ MANN, Erika. A parliamentary dimension to the WTO: more than just a vision: reforming the World Trading System. In: PETERSMANN, Ernst-Ulrich. *Reforming the World Trading System: legitimacy, efficiency and democratic governance*. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 421-428. p. 424.

81 Tradução livre do original em língua inglesa: “[...] ‘information asymmetries’ and ‘democratic distrust’ vis-à-vis intergovernmental rule-making in worldwide institutions far away from domestic citizens and parliamentary constituencies.” PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Multi-Level judicial trade governance without justice? on the role of domestic courts in the WTO Legal and Dispute Settlement System. *EUI Working Paper LAW*, n. 44, 2006. p. 19.

82 Tradução livre do original em língua inglesa: “This cursory overview shows that the EC’s implementation record, though not exemplary, does not add up to a generally non-complying approach. In the majority of cases, in fact, the Community has declared its willingness to comply with the DSB’s rulings, and has adopted implementation measures, albeit with exceedingly lengthy delays (measures adopted after the expiry of the reasonable period of time), and not without contestation as to their consistency with the adverse decision. On the other hand, the record seems to reflect an attitude that, in accordance with the view traditionally maintained by the European Court of Justice (ECJ) from *International Fruit* to *Portugal*, finds its cornerstone in the principle of negotiations with

No que se refere à aplicação de direitos oriundos de decisões do OSC, tais como a retaliação cruzada, é certo que a existência de competências compartilhadas entre a União e seus Estados membros torna ainda mais complexa a sua concretização, embora o TJUE/TJCE tenha estabelecido um dever de cooperação entre os Estados membros e a Comissão nessa matéria.⁸³

Com a intenção de facilitar a aplicação de medidas retaliatórias devidamente autorizadas pelo OSC, foi aprovado em 2014 um regulamento que sistematiza a matéria, prevendo um procedimento único. Até então as medidas eram desenhadas caso a caso, por meio de propostas formuladas pela Comissão ao Conselho, que adotava as medidas apropriadas, como o Regulamento do Conselho n. 673/2005, relativo à controvérsia *United States — Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000* e o Regulamento do Conselho n. 728/2006, relativo ao caso *United States — Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations”*.⁸⁴

Referido regulamento, aprovado pelo parlamento europeu em 2 de abril de 2014⁸⁵ e adotado pelo Conselho

a view to achieving mutually satisfactory solutions, even beyond the limits set by the DSU. The number of disputes settled by the Community, alone or jointly with its Member States, by means of a mutually agreed solution, supports this view”. TANCREDI, Antonello. EC Practice in the WTO: how wide is the ‘scope for manoeuvre?’ *European Journal of International Law*, v. 15, n. 5, p. 933-961, 2004. p. 936-937.

83 MURPHY, Anna. In the maelstrom of change: the article 113 committee in the governance of external economic policy. In: CHRISTIANSEN, Thomas; KIRCHNER, Emil. (eds.) *Committee Governance in the European Union*. Manchester: Manchester University Press, 2000. p. 98-104. p. 105.

84 Nos dados oficiais divulgados na página da UE, consta a explicação do motivo pelo qual até 2012, quando o Regulamento do procedimento foi enviado, não havia este procedimento unificado. “However, prior to the Treaty of Lisbon, the distinction between legislative and executive functions was not clearly defined and, therefore, the allocation of responsibilities to the EU institutions was not as balanced as today. Moreover, there was no single framework to refer to when the EU was called to take action to defend its trade rights and interests.” Press Release. Proposal for new enforcement framework for international trade rules European Commission - MEMO/12/1006, 18 dez. 2012. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-1006_en.htm. Acesso em: 20 mar. 2018.

85 European Parliament legislative resolution of 2 April 2014 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council concerning the exercise of the Union’s rights for the application and enforcement of international trade rules (COM(2012)0773 – C7-0415/2012 – 2012/0359(COD)). Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0264+0+DOC+XML+V0//EN&language=EN#top>. Acesso em: 20 mar. 2018.

em 7 de maio de 2014,⁸⁶ é aplicável não somente às situações nas quais o OSC autorizou a suspensão de concessões ou outras obrigações, como modo de induzir o cumprimento, mas também com o intuito da imposição de contramedidas, com base no artigo 8 do Acordo de Salvaguardas, e em casos de reequilíbrio de concessões, com base no artigo XXVIII do GATT 1994.⁸⁷ O documento estabelece alguns critérios nos quais a aplicação das medidas deve se embasar,⁸⁸ reforçando a previsibilidade e a segurança jurídica em sua aplicação.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enquanto entidade única na sociedade internacional, tendo em conta o avançado grau de institucionalização de seu processo de integração econômica, o status da

86 COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. (OR. en) 9433/14. Brussels, 7 May 2014. Disponível em: <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%209433%202014%20INIT> Acesso em: 20 mar. 2018.

87 “Article 3 Scope- This Regulation applies: (a) following the adjudication of trade disputes under the WTO Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (WTO Dispute Settlement Understanding), when the Union has been authorised to suspend concessions or other obligations under the multilateral and plurilateral agreements covered by the WTO Dispute Settlement Understanding; (b) following the adjudication of trade disputes under other international trade agreements, including regional or bilateral agreements, when the Union has the right to suspend concessions or other obligations under such agreements; (c) for the rebalancing of concessions or other obligations, to which the application of a safeguard measure by a third country may give right pursuant to Article 8 of the WTO Agreement on Safeguards, or to the provisions on safeguards included in other international trade agreements, including regional or bilateral agreements; (d) in cases of modification of concessions by a WTO member under Article XXVIII of the GATT 1994, where no compensatory adjustments have been agreed.” COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. (OR. en) 9433/14. Brussels, 7 May 2014. Disponível em: <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%209433%202014%20INIT> Acesso em: 20 mar. 2018.

88 “Article 4 Exercise of the Union’s rights: [...] 3. Commercial policy measures referred to in paragraph 1 shall be determined on the basis of the following criteria, in light of available information and of the Union’s general interest: (a) effectiveness of the measures in inducing compliance of third countries with international trade rules; (b) potential of the measures to provide relief to economic operators within the Union affected by third country measures; (c) availability of alternative sources of supply for the goods or services concerned, in order to avoid or minimise any negative impact on downstream industries, contracting authorities or entities, or final consumers within the Union; (d) avoidance of disproportionate administrative complexity and costs in the application of the measures; (e) any specific criteria that may be established in international trade agreements in connection with the cases referred to in Article 3.” COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. (OR. en) 9433/14. Brussels, 7 May 2014. Disponível em: <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%209433%202014%20INIT> Acesso em: 20 mar. 2018.

União Europeia como membro da OMC e, consequentemente, no Sistema de Solução de Controvérsias da OMC, abarca uma série de peculiaridades decorrentes de sua natureza jurídica não-estatal.

Coube ao órgão jurisdicional da UE a definição dos limites entre as competências da União e dos Estados membros na participação na OMC, cujas decisões são analisadas pela doutrina como profundamente impregnadas de pragmatismo e preocupações de natureza política, deixando de lado institutos até então consagrados no direito comunitário.

Embora tenha declarado a necessidade de comprometimento em conjunto pelos Estados membros em prol da Comunidade, quando da criação da OMC, o Tribunal furtou-se de esclarecer com precisão a relação entre a UE os Estados membros nessa matéria e a gestão prática da participação dos Estados membros na OMC e, em seu sistema de solução de controvérsias, tem cabido aos órgãos comunitários.

O TJUE reforçou a não aplicabilidade direta do Direito da OMC no ordenamento comunitário, o que não impediu que parte da doutrina vislumbrasse possibilidades do reconhecimento de uma obrigação da UE consubstanciada nos relatórios adotados pelo OSC, e uma consequente responsabilidade no caso de não implementação das decisões do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC.

A posição de não aplicabilidade direta das regras dos Acordos multilaterais e das decisões do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC — respectivamente, normas primárias e normas secundárias do Direito da OMC — parece consagrar uma posição pragmática do Tribunal, tendo em vista uma indesejabilidade do reconhecimento destas decisões como vinculantes às instituições comunitárias, como espécie de proteção de sua ordem comunitária em face de intervenções externas.

Por fim, destaca-se que, embora a própria operacionalização da participação da UE na OMC seja temática complexa e com certa obscuridade, as instituições comunitárias têm buscado incrementar a transparência, *accountability* e legitimidade dessa participação, inclusive a partir da criação de um regulamento sistematizando alguns procedimentos para a participação no Sistema de Solução de Controvérsias da OMC pela União Europeia.

REFERÊNCIAS

- ALEMANN, Alberto. Judicial enforcement of the WTO hormones ruling within the European community: toward ec liability for the non-implementation of WTO Dispute Settlement Decisions. *Harvard International Law Journal*, v. 45, p. 547-562, 2004.
- ANTONIADIS, Antonis. The European Union and WTO law: a nexus of reactive, coactive and proactive approaches. *World Trade Review*, v. 6, n. 1, p. 45-87, 2007.
- BADIN, Michelle Raton Sanchez; MOROSINI, Fabio Costa; OLIVEIRA, Inaê Siqueira de. Direito internacional econômico no Brasil: quem somos e o que fazemos?: evidências empíricas de 1994 a 2014. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 1, p. 5-25, 2016.
- BASTOS, Fernando Loureiro. Os acordos mistos em direito comunitário: contributo para a compreensão do seu fundamento jurídico. Lisboa: SPB II Editores, 1999.
- BRAND, Ronald A. Direct effect of international economic law in the United States and the European Union. *Northwestern Journal of International Law & Business*, v. 17, n. 1, p. 556-608, 1996-1997.
- CAPUCIO, Camila. A natureza jurídica do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC e de suas decisões: solucionando um imbróglio. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, p. 315-340, 2017.
- CAPUCIO, Camilla. A União Europeia como sujeito de direito internacional: estudos sobre sua natureza jurídica e o Treaty Making Power Comunitário. *Revista Eletrônica de Direito Internacional*, v. 5, p. 34-68, 2009. Disponível em: <http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/volume5/>. Acesso em: 20 ago. 2018.
- CAPUCIO, Camilla. *O regionalismo e o comércio internacional*. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.
- CAPUCIO, Camilla. O status jurídico da União Europeia como membro da OMC: estudo sobre os acordos mistos no direito comunitário. In: MENEZES, Wagner. *Estudos de Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 135-146.
- COZENDEY, Carlos Márcio Bicalho. *O Sistema de Solução de Controvérsias da OMC: para além dos contenciosos, a política externa*. Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/temas/temas-multilaterais/copy_of_desenvolvimento-comercio-e-financas/organizacao-mundial-do-comercio/solucao-de-controversias/cgc/artigo-cozendey. Acesso em: 15 dez. 2017.
- DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; JAEGER JÚNIOR, Augusto. Por uma teoria jurídica da integração regional: a inter-relação direito interno, direito internacional público e direito da integração. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 138-158, 2015.
- EECKHOUT, Piet. Judicial enforcement of WTO Law in the European Union: some further reflections. *Journal of International Economic Law*, v. 5, p. 91-110, 2005.
- EGLI, Patricia. European Community-EC compliance with rulings of WTO Dispute Settlement Body in Bananas dispute- effect of WTO agreements and dispute settlement rulings in EC law-standing to challenge EC legislation as inconsistent with WTO agreements and rulings. *American Journal of International Law*, v. 100, p. 449-454, 2006.
- ERRICO, John. The WTO in the EU: Unwinding the Knot. *Cornell International Law Journal*, v. 44, p. 179-208, 2011.
- GOMES, Eduardo Biachi. Integração econômica no MERCOSUL: opiniões consultivas e a democratização no acesso ao tribunal permanente de revisão. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 128-136, 2013.
- HELISKOSKI, Joni. *Mixed agreements as a technique for organizing the international relations of the European community and its member states*. Boston: Kluwer Law International, 2001.
- KUIJPER, Pieter J. The conclusion and implementation of the Uruguay Round Results by the European Community. *European Journal of International Law*, v. 6, p. 222-244, 1995.
- LEAL-ARCAS, Rafael. Polycephalous anatomy of the EC in the WTO: an analysis of law and practice. *Florida Journal of International Law*, v. 19, p. 569-670, 2007.
- LEAL-ARCAS, Rafael. The EU institutions and their modus operandi in the world trading system. *Columbia Journal of European Law*, v. 12, p. 147-238, 2005.
- MANN, Erika. A parliamentary dimension to the WTO: more than just a vision: reforming the World Trading System. In: PETERSMANN, Ernst-Ulrich. *Reforming the World Trading System: legitimacy, efficiency and democratic governance*. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 421-428.
- MENGOZZI, Paolo. *Istituzione di Diritto Comunitario e*

Dell'Unione Europea. Padova: CEDAM, 2003.

MEY, Delphine de. The effect of WTO Dispute Settlement Rulings in the EC Legal Order: Reviewing *Van Parys v Belgische Interventie-en Restitutiebureau (C-377/02)*. *German Law Journal*, v. 6, p. 1025-1032, 2005.

MURPHY, Anna. In the maelstrom of change: the article 113 committee in the governance of external economic policy. In: CHRISTIANSEN, Thomas; KIRCHNER, Emil. (eds.) *Committee Governance in the European Union*. Manchester: Manchester University Press, 2000. p. 98-104.

PETERSMANN, Ernst-Ulrich. From the hobbesian international law of coexistence to modern integration law: the WTO Dispute Settlement System. *Journal of International Economic Law*, v. 1, n. 2, p. 175-198, 1998.

PETERSMANN, Ernst-Ulrich. How to constitutionalize international law and foreign policy for the benefit of civil society? *Michigan Journal of International Law*, v. 20, p. 1-30, 1998.

PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Human rights, international economic law and constitutional justice: a rejoinder. *European Journal of International Law*, v. 19, n. 5, p. 955-960, 2008.

PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Multilevel governance problems of the world trading system beyond the WTO Conference at Bali 2013. *Journal of International Economic Law*, v. 17, p. 233-270, 2014.

PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Multilevel judicial governance as guardian of the constitutional unity of international economic law. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, v. 30, n. 3, p. 367-418, 2008.

PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Multi-Level judicial trade governance without justice? on the role of domestic courts in the WTO Legal and Dispute Settlement System. *EUI Working Paper LAW*, n. 44, 2006.

POLLACK, Mark A. *The new, new sovereigntism or how the Europe Union became disenchanted with international law and defiantly protective of its domestic legal order*. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2956738>. Acesso em: 09 set. 2018.

ROSAS, Allan. Implementation and enforcement of WTO dispute settlement findings: an EU perspective. *Journal of International Economic Law*, v. 4, p. 131-144, 2001.

SERDAREVIC, Asja. *European Union and its member states as a collective actor in WTO decision-making process*. ACES Cases, n. 2010.3. Disponível em: http://aei.pitt.edu/59173/1/ACES_Case_Serdarevic_2010.pdf. Acesso em: 05 mar. 2018.

SHAFFER, Gregory C. Is the EC moving towards a U.S. Partnership Model? In: SHAFFER, Gregory C. *Defending interests: public-private partnerships in WTO litigation*. Washington: Brooking Institutions Press, 2003. p. 65-101.

STEINBERGER, Eva. The WTO treaty as a mixed agreement: problems with the EC's and the EC member states' membership of the WTO. *European Journal of International Law*, v. 17, n. 4, p. 837-862, 2006.

TANCREDI, Antonello. EC Practice in the WTO: how wide is the 'scope for manoeuvre'? *European Journal of International Law*, v. 15, n. 5, p. 933-961, 2004.

TJUE/TJCE. 94/800/EC: Council Decision (of 22 December 1994) concerning the conclusion on behalf of the European Community, as regards matters within its competence, of the agreements reached in the Uruguay Round multilateral negotiations (1986-1994), OJ L 336, 23.12.1994.

TJUE/TJCE. *Amministrazione delle finanze dello Stato v. SPI and SAMI* (Rec.1983, p. 801), Case 267/81, 16 mar. 1983.

TJUE/TJCE. *Bresciani v. Amministrazione delle finanze dello Stato* (Rec.1976, p.129), Case 87/75, 5 fev. 1976.

TJUE/TJCE. *Chiquita Brands International, Inc. and Others v. Commission* (Rec.2005, p. 11-315), Case T-19/01, 3 fev. 2005.

TJUE/TJCE. *Commission of the European Communities, Proposal for a Council Decision Concerning the Conclusion of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations* (1986-94) Com(94), 143 apr. 15, 1994.

TJUE/TJCE. *Demirel v. Stadt Schwäbisch Gmünd* (Rec.1987, p.3719), Case 12/86, 30 out. 1987.

TJUE/TJCE. *Fabbrica Italiana Accumulatori Motocarri Montecchio SpA v. Council* (Rec.2008, p. 1-6513, 23-24, 30), Joined Cases C-120/06P & C-121/06P, 9 set. 2008.

TJUE/TJCE. *Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (Fediol) v. Commission* (Rec.1989, p. 1-1781), Case C-70/87, 22 jun. 1989.

TJUE/TJCE. *Germany v. Council* (Rec.1994, p.I-4973),

- Case 280/93, 5 out. 1994.
- TJUE/TJCE. *Haegemann v. Belgian State* (Rec.1974, p.449), Case 181/73, 30 abr. 1974.
- TJUE/TJCE. *International Fruit Company and others v. Produktschap voor Groenten en Fruit* (Rec.1972, p.1219), Case 21/72, 12 dez. 1972.
- TJUE/TJCE. *Lon Van Parys NV v. Belgisch Interventie- en Restitutiebureau (BIRB)* (Rec. 2005, p. 1-1465), Case C-377/02, 1 mar. 2005.
- TJUE/TJCE. *Itabissements Biret et Cie SA v. Council* (Rec.2003, p. I-10565), Case C-94/02, 30 set. 2003.
- TJUE/TJCE. *Nakajima All Precision Co. Ltd v. Council* (Rec.1991, p. 1-2069), Case C-69/89, 7 maio 1991.
- TJUE/TJCE. *Opinion 1/91, Draft agreement relating to the creation of the European Economic Area* (Rec. 1991, p. 1-6079), 14 dez. 1991. para. 39-40.
- TJUE/TJCE. *Opinion 1/94* (Rec.1994, p.I-5267), 15 nov. 1994.
- TJUE/TJCE. *Opinion of Mr Advocate General Mischo delivered on 6 May 1999. Atlanta AG and others v Commission of the European Communities and Council of the European Union* (Rec.1999, p.I-06983), Case C-104/97, 14 out. 1999.
- TJUE/TJCE. *Portugal v. Council* (Rec.1999, p.I-8395), Case C-149/96, 23 nov. 1999.
- TJUE/TJCE. *Schlüter v. Hauptzollamt Lörrach* (Rec.1973, p.1135), Case 9/73, 24 out. 1973.
- TJUE/TJCE. *SIOT v. Ministero delle finanze* (Rec.1983, p.731), Case 266/81, 16 mar. 1983.
- TRACHTMAN, Joel P. Bananas, direct effect and compliance. *European Journal of International Law*, v. 10, n. 4, p. 655-678, 1999.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *Appellate body report, european communities: customs classification of certain computer equipment. WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R*, 05 jun. 1998.
- WORLD WIDE FUND FOR NATURE. *A league of gentlemen: who really runs EU trade decision-making?* nov. 2003. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CC8QFjAA> . Acesso em: 6 mar. 2018.
- ZONNEKEYN, Geert A. EC Liability for the Non-Implementation of WTO Dispute Settlement Decisions - Advocate General Alber Proposes a 'Copernican Innovation' in the Case Law of the ECJ. *Journal of International Economic Law*, v. 6, p. 761-769, 2003.
- ZONNEKEYN, Geert A. The latest on indirect effect of WTO Law in the legal order: the Nakajima case law misjudged? *Journal of International Economic Law*, p. 597-608, 2001.
- ZONNEKEYN, Geert A. The legal status of WTO panel reports in the EC legal order: Some reflections on the opinion of advocate general Mischo in the Atlanta case. *Journal of International Economic Law*, v. 2, p. 713-722, 1999.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Path to judicial activism? The use of "relevant rules of international law" by the WTO Appellate Body

Porta para ativismo judicial? O uso de "regras pertinentes de direito internacional" pelo Órgão de Apelação da OMC

Mariana Clara de Andrade

Path to judicial activism? The use of “relevant rules of international law” by the WTO Appellate Body*

Porta para ativismo judicial? O uso de “regras pertinentes de direito internacional” pelo Órgão de Apelação da OMC

Mariana Clara de Andrade**

ABSTRACT

The Appellate Body (AB) of the World Trade Organization (WTO) is currently under the concrete threat of ceasing its activities in the near future. This is the result of a series of unaddressed criticisms by some of the members of the organization, in particular the United States, regarding the alleged activist role that the AB has played. These criticisms comprise a number of issues regarding interpretative practices developed by the organ. Against this backdrop, the present paper addresses the use of “relevant rules of international law” which are external to the WTO covered agreements, in particular through Article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT), the provision codifying the so-called “principle of systemic integration”. It studies the reports where reference to this provision was made and whether non-WTO rules have been used in an expansive or limited way with respect to the mandate of the AB. It also assesses the reception of these reports by the WTO membership in the meetings of the Dispute Settlement Body. It is concluded that, while recourse to external sources under the VCLT provision could represent a potential source of expansion of the AB applicable law in a way that could displease parts of the WTO membership, the organ has shifted from a progressive approach, which marked the beginning of its functioning, to a more narrow approach of the applicability of non-WTO sources in the more recent case law.

Keywords: World Trade Organization; Appellate Body; Judicial Activism; Systemic Integration; Vienna Convention on the Law of Treaties.

RESUMO

O Órgão de Apelação (OAp) da Organização Mundial do Comércio (OMC) está atualmente sob a ameaça de cessar suas atividades em um futuro próximo. Essa situação é resultado de uma série de críticas não resolvidas por parte de membros da organização, em particular os Estados Unidos, com relação ao papel ativista que o órgão teria desempenhado. Essas críticas incluem questões relativas às práticas interpretativas desenvolvidas pelo OAp. Nesse contexto, este artigo analisa o uso de “regras pertinentes de

* Recebido em: 22/10/2018
Aprovado em: 13/12/2018

** Ph.D. candidate in International Law at University of Milano-Bicocca (Italy). This article was written during a research visit at the University of Geneva. E-mail: mariana.clara@live.com

direito internacional” externas aos acordos abrangidos da OMC, em particular por meio do Artigo 31(3)(c) da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados (CVDT), o dispositivo que codifica o chamado “princípio da integração sistêmica”. Este trabalho estuda os relatórios do OAp nos quais foi feita referência a esse dispositivo, bem como se normas externas à OMC foram utilizadas de maneira expansiva ou limitada com relação ao mandato do mecanismo de solução de litígios da organização. Ademais, a recepção desses relatórios pelos membros da organização durante as reuniões do Órgão de Solução de Controvérsias também é considerada. Conclui-se que, embora recurso a fontes externas à OMC por meio do Artigo 31(3)(c) possa representar uma fonte potencial de expansão do direito aplicável da OAp de modo a desagradar alguns membros da OMC, o órgão adotou, em sua jurisprudência mais recente, abordagem mais restrita com relação à aplicabilidade de normas externas à OMC do que aquela originalmente progressiva que marcou os primeiros anos de seu funcionamento.

Palavras-chave: Organização Mundial do Comércio; Órgão de Apelação; Ativismo Judicial; Integração Sistêmica; Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

1. INTRODUCTION

Several factors explain the undergoing crisis in the World Trade Organization (WTO) Appellate Body (AB), but some of them revert to a criticism, most vividly expressed by the United States, that this organ is exercising judicial overreach with respect to the functions it was originally designed to perform.¹

The AB was a late creation of the Uruguay Round negotiations, aimed at counterbalancing the effect that the system of reversed consensus (which amounts to a quasi-automaticity of the adoption of reports) could have had. The idea was to ensure that “bad” panel reports could be reversed.² The mandate of panels and

the Appellate Body is, however, limited: the Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes (DSU)³ states that the dispute settlement system (DSS) “serves to preserve the rights and obligations of Members under the covered agreements”, but the “rulings of the DSB cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements”. Furthermore, it only has jurisdiction to assess claims which are based on WTO law.

In this context, at the center of the current crisis is the debate of whether the AB is an international court or instead its scope should be similar to that of a contract arbitrator.⁴ Although the two functions may overlap to some extent, advocating for the latter in detriment of the former means a more limited mandate with respect to the interpretation of WTO provisions.⁵

In its very first report, the Appellate Body stated that the “General Agreement is not to be read in clinical isolation from public international law”.⁶ This was made to justify recourse to the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT)⁷ as a reference for the interpretation of WTO Agreements, but the statement

tilateral Trading System, Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 447-465.

3 *Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes* (DSU), Annex 2 of the WTO Agreement, available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dsu_e.htm. Access in: 05 Dec. 2018.

4 McDOUGALL, Robert. The Crisis in WTO Dispute Settlement: Fixing Birth Defects to Restore Balance, *Journal of World Trade*, v. 52, n. 6, 2018, p. 880.

5 This is the position taken by the United States. According to the United States Trade Representative (USTR), “The United States has been increasingly concerned by the tendency of WTO reports to make findings unnecessary to resolve a dispute or on issues not presented in the dispute. [...] The purpose of the dispute settlement system is not to produce reports or to ‘make law,’ but rather to help Members resolve trade disputes among them. WTO Members have not given panels or the Appellate Body the power to give ‘advisory opinions’ as some national or international tribunals have”. (USTR, 2018 Trade Policy Agenda and 2017 Annual Report - Chapter I - The President’s Trade Policy Agenda, available at: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/reports-and-publications/2018/2018-trade-policy-agenda-and-2017>, accessed 05 December 2018). See, further, Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body, Geneva, November 21, 2018, available at https://geneva.usmission.gov/wp-content/uploads/sites/290/Nov21.DSB_Stmt_as-deliv.fin_public.pdf, accessed 05 December 2018.

6 UNITED STATES — Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, *Appellate Body Report* (29 April 1996) WTO Doc WT/DS2/AB/R, p. 17.

7 Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980) 1155 UNTS 331.

1 For a detailed account of the context of crisis in the WTO dispute settlement, see McDOUGALL, Robert. The Crisis in WTO Dispute Settlement: Fixing Birth Defects to Restore Balance, *Journal of World Trade* v. 52, n. 6, p. 867-896, 2018.

2 See STEGER, Debra, The founding of the Appellate Body. In: MARCEAU, Gabrielle (ed). *A History of Law and Lawyers in the GATT/WTO: The Development of the Rule of Law in the Mul-*

could be read more broadly.⁸ Indeed, in *US – Shrimp*, by making wide reference to other sources of conventional international law in its reasoning, the AB gave a clear sign that it was willing to make reference to non-WTO law, also to shed light on the meaning of WTO terms and provisions.

Against this backdrop, this paper addresses one specific aspect which could potentially amount to judicial activism by the Appellate Body: the use of other “relevant rules of international law” and whether recourse to VCLT Article 31(3)(c) and the principle of systemic integration broaden the material jurisdiction of the WTO Appellate Body.

Recourse to non-WTO law in WTO dispute settlement can be a source of judicial overreach for two reasons. Firstly, if the line between interpretation and application of other sources of law is overstepped, the AB may be regarded as enforcing sources of law which fall outside its jurisdiction. Secondly, from a legitimacy perspective, a “too systemic” approach to the relationship between WTO law and general international law may displease its members, who may expect the WTO DSS to remain within the frame of the covered agreements.

In order to address this question, this paper is divided into three sections. The first section is aimed at briefly revisiting the jurisdictional limits of the WTO DSS, as well as explaining the content and scope of VCLT Article 31(3)(c) and the so-called principle of systemic integration, deemed to have been codified by that provision. The second section studies the relevant case law of the Appellate Body in order to assess how the organ has interpreted and recurred this provision, and to understand whether it has given a broad or narrow relevance to other sources of international law in the resolution of disputes.

Having this case law in mind, the third section con-

siders whether the practice of the WTO AB relating to the use of Article 31(3)(c) can amount to judicial overreach.⁹ In order to do so, three elements are taken into account: the overall trends of the AB practice invoking Article 31(3)(c), the implications such use has had on the line between interpretation and application of other rules of international law, and the manner in which WTO members have received AB reports as reflected in the Dispute Settlement Body (DSB) meetings.

2. THE DEBATE ON JURISDICTION AND APPLICABLE LAW AND THE USE OF OTHER “RELEVANT RULES OF INTERNATIONAL LAW”

The controversies surrounding the use of non-WTO law in the dispute settlement of the multilateral trading system can only be grasped after understanding the mandate of the WTO adjudicators. Among other elements, this means its material jurisdiction limitations.

The difference between the applicable law (understood as the sources of law that can be used in the WTO DSS)¹⁰ available to the WTO adjudicators and parties and its actual jurisdiction (understood as the sources which can actually be enforced) has been widely reviewed by scholarship.¹¹ Furthermore, Article 3.2 of the

⁹ Judicial *activism* and *overreach* are employed interchangeably in this work.

¹⁰ Marceau observes that part of the controversy on the limits of applicable law is semantic. Her definition of “applicable law” is the “law for which a breach can lead to actual remedies”, while the conception of the ILC Study Group “includes all legal rules that are necessary to provide an effective answer to legal issues raised, and it would include procedural-type obligations (like the burden of proof)” (MARCEAU, Gabrielle. *Fragmentation in International Law: The Relationship between WTO Law and General International Law - A Few Comments from a WTO Perspective*. *Finnish Yearbook of International Law*, v. 7, 2006, p. 6). This article aligns with a broader sense of applicable law – thus, closer to the ILC Study Group’s: applicable law here is to be understood as the sources of law that can be used by the DS panels and AB to settle a dispute and interpret the law that they have actually hold jurisdiction to enforce.

¹¹ See, *inter alia*, BARTELS, Lorand. *Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings*. *Journal of World Trade*, v. 35, n. 3, p. 499–519, 2001; MARCEAU, Gabrielle. *Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions the Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties*. *Journal of World Trade*, v. 35, n. 6, p. 1081–1131, 2001; PAUWELYN, Joost. *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003; PALMETER, David; MAVROIDIS, Petros C. *The WTO Legal System: Sources of Law*. *The American Journal of International Law*, v. 92,

⁸ James Bacchus, original AB member who drafted the *US – Gasoline* report, recalls: “In the report resulting from the very first appeal to the Appellate Body, *US – Gasoline*, we thought it appropriate, while musing on the meaning of Article 3.2 of the DSU, to state that this particular provision in the WTO treaty reflects ‘a measure of recognition that the General Agreement is not to be read in clinical isolation from public international law’” (BACCHUS, James. *Not in clinical isolation*. In: MARCEAU, Gabrielle (ed.). *A History of Law and Lawyers in the GATT/WTO: The Development of the Rule of Law in the Multilateral Trading System*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 508).

DSU provides guidance on this matter. It states:

2. The dispute settlement system of the WTO is a central element in providing security and predictability to the multilateral trading system. The Members recognize that it **serves to preserve the rights and obligations of Members under the covered agreements, and to clarify the existing provisions of those agreements in accordance with customary rules of interpretation of public international law.** Recommendations and rulings of the DSB **cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements.**¹²

It seems well settled that the WTO DSS has jurisdiction only over matters involving the WTO covered agreements,¹³ while its applicable law can range further according to the view one takes as to the material limits of the DSS. The crucial difference would be that panels and Appellate Body reports are not authorized to enforce obligations deriving from external sources. Still, the distinction between using such sources as applicable law (for purposes of “clarifying the existing provisions”) and actually enforcing them (thereby “adding to or diminishing the rights and obligations” of WTO members) is not clear-cut.

The position submitted by the present work sides with Marceau’s approach to the problem. She contends that

in most cases the proper interpretation of the relevant WTO provisions will be such as to avoid conflicts with the other international obligations of the WTO Members. [...] In case of irreconcilable conflicts, WTO adjudicating bodies are prohibited, through the dispute settlement mechanism and while making recommendations to the Dispute Settlement Body (DSB), from adding to or diminishing the rights and obligations of WTO.¹⁴

She advocates an interpretation of the WTO rules which is consistent with public international law, but which at the same time does not promote the enforcement of external obligations to the detriment of WTO law. The only way these sources can be used would be

through WTO provisions.¹⁵ One example of this possibility would be the use of the general exceptions of Article XX when justified by external treaties and obligations. Another example would be the use of Conventions that grant waivers in accordance with Article IX of the WTO Agreement. Marceau thus acknowledges the importance of Articles 3.2 of the DSU and 31 of the VCLT, which, “in certain cases requires panels and the Appellate Body to use or to take into account various other treaties, custom and general principles of law when interpreting WTO obligations”.¹⁶

Article 3.2 is “commonly understood as an invocation of the Vienna Convention”.¹⁷ Based on this provision, panels and the AB have justified recourse to the rules on interpretation provided by the VCLT.¹⁸ In particular, Article 31(3)(c) of the Vienna Convention has been recognized as customary law.¹⁹ As such, it can be employed in the WTO dispute settlement mechanism for the interpretation of the covered agreements due to the explicit wording of the DSU stating that “[t]he dispute settlement system of the WTO [...] serves to [...] clarify the existing provisions of those agreements in accordance with customary rules of interpretation of public international law”.

15 She advances: “The use of outside law (non-WTO) will depend on the terms of the WTO provisions at issue. Numerous references to outside rules and standards can be found in the WTO agreements. In some cases, the WTO provision should be interpreted as requiring the outside obligation to be enforced within the WTO system; in others, the outside provision will merely provide interpretive material that must be used by WTO adjudicating bodies when enforcing another WTO obligation” (MARCEAU, Gabrielle Zoe. A call for coherence in international law: praises for the prohibition against ‘Clinical Isolation’ in WTO dispute settlement. *Journal of World Trade*, v. 33, n. 5, 1999, p. 112, footnotes suppressed).

16 MARCEAU, Gabrielle. Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions: The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties. *Journal of World Trade*, v. 35, n.6, 2001, p. 1103.

17 LINDROOS, Anja; MEHLING, Michael. Dispelling the Chimera of ‘Self-Contained Regimes’ International Law and the WTO. *European Journal of International Law*, v. 16, n. 5, p. 865, 2006.

18 Isabelle Van Damme explains that “It may be presumed that Article 3.2 refers to customary international law on treaty interpretation as it existed on and evolved after 1 January 1995, which is the date of entry into force of the covered agreements. The Appellate Body confirmed in its first reports that Articles 31 and 32 VCLT have attained the status of ‘customary rules of interpretation of public international law’” (VAN DAMME, Isabelle. *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, The European Journal of International Law, v. 21, n. 3, 2010, p. 608, footnotes omitted).

19 MERKOURIS, Panos. *Article 31(3)(c) and the Principle of Systemic Integration: Normative Shadows in Plato’s Cave*. Brill Nijhoff: 2015. p. 4.

p. 398-413, 1998.

12 *Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes*, available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dsu_e.htm. Access in: 19 October 2018), emphasis added.

13 These are the WTO Agreement, the Multilateral Trade Agreements of Annexes 1A, 1B, 1C and 2, and Plurilateral Trade Agreements in Annex 4.

14 MARCEAU, Gabrielle. Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions: The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties. *Journal of World Trade*, v. 35, n. 6, 2001, p. 1083.

Article 31(3)(c) of the VCLT forms part of its general rule of interpretation, which provides:

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.
2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:
 - (a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connexion with the conclusion of the treaty; (b) any instrument which was made by one or more parties in connexion with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.
3. There shall be taken into account, together with the context:
 - (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions; (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation; (c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.²⁰

At first reading, the meaning of “context” present in Article 31(1) can be misleading. One may think that the “context” that should inform the interpretation of a treaty is its factual context. Article 31(2) of the VCLT, together with the commentaries of the International Law Commission (ILC), suggests otherwise. In particular, Article 31(2) states that “The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, *in addition to* the text, including its preamble and annexes [...]”. The use of the words “in addition to” implies that the context is the text, the preamble and annexes.²¹

The wording of this provision may evoke the question of whether the use of “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties” should be taken into account simultaneously with the consideration of the context, or if instead the

division of Article 31 into paragraphs indicates some kind of order in the interpretative process.

This question has been recently addressed by the ILC on the occasion of the adoption of the Draft Conclusions on Subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties.²² Paragraph 5 of its Conclusion 2 states that “[t]he interpretation of a treaty consists of a *single combined operation*, which places appropriate emphasis on the various means of interpretation indicated, respectively, in articles 31 and 32”.²³ While not necessarily definitive, this paragraph is nonetheless authoritative in shedding light on the interpretative process.

Article 31(3)(c) directs a process in which “obligations are interpreted by reference to their normative environment (system)”.²⁴ In other words, by determining that “any relevant rules of international law applicable between the parties” shall be taken into account “together with the context” of a provision, the drafters of the VCLT codified the idea that treaties must be interpreted taking into consideration other rules of international law.²⁵

22 General Assembly, Subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties - Text of the draft conclusions adopted by the Drafting Committee on second reading, UN Doc A/CN.4/L.907, 11 May 2018.

23 United Nations, Report of the International Law Commission - Seventieth session (30 April–1 June and 2 July–10 August 2018), UN Doc A/73/10, p. 13, emphasis added.

24 General Assembly, Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the diversification and expansion of international law - Report of the Study Group of the International Law Commission, UN Doc A/CN.4/L.682, 13 April 2006, p. 208, para 413.

25 See DÖRR, Oliver. Article 31. General rule of interpretation. In: DÖRR, Oliver; SCHMALENBACH, Kirsten (ed.). *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*. Springer, 2018. p. 602-603. There is some disagreement as to what sources of law can be considered “rules of international law” for the purposes of Article 31(3)(c), in particular whether or not it includes general principles. This work supports the view that “rules” comprises treaties, customary law and general principles (See MERKOURIS, Panos. *Article 31(3)(c) and the Principle of Systemic Integration: Normative Shadows in Plato’s Cave*. Brill Nijhoff: 2015, p. 19 and DÖRR, Oliver. Article 31. General rule of interpretation. In: DÖRR, Oliver; SCHMALENBACH, Kirsten (ed.). *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*. Springer, 2018, p. 605). Moreover, in *US — Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)*, the AB, in assessing the relevance of the ILC Draft Articles on State Responsibility, stated that while are not binding as written rules, but “insofar as they reflect customary international law or general principles of law, these Articles are applicable in the relations between the parties” (United States - Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China, Appellate Body Report (11 March 2011) WT/DS379/AB/R, para 308). For a diverging view, see McLACHLAN, Camp-

20 *Vienna Convention on the Law of Treaties* (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980) 1155 UNTS 331, emphasis added.

21 This is to be then complemented by “a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty; (b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty”. There does not seem to be, however, any agreement or instrument that falls within the definitions of paragraphs (a) and (b) which are relevant for analysis under the present study.

The use of Article 31(3)(c) by international adjudicators can provide a tool against the fragmentation of international law.²⁶ McLachlan describes it as a “master key” to “all of the rooms” of international law, permitting the treaty interpreter to look “outside of the four corners of a particular treaty to its place in the broader framework of international law [...]”.²⁷ According to the author, as well as to the ILC Study Group on Fragmentation of International Law’s final report,²⁸ Article 31(3)(c) and its codified principle of systemic integration provide an essential toolkit to reducing international fragmentation.²⁹

On the other hand, the use of external sources of law in the context of WTO dispute settlement can conflict with the limitations on its mandate. In this vein, the question remains as to what extent the WTO DSS has recurred to this provision to refer to non-WTO sources of law to guide its interpretative process, and to what extent this use has impacted its material jurisdiction.

3. THE USE OF ARTICLE 31(3)(C) BY THE WTO AB: CASE STUDIES

This section analyzes how the Appellate Body has applied Article 31(3)(c) and the principle of systemic integration in its case law. Four cases have been selected,³⁰ and will be addressed in chronological order: US – Shrimp (AB report circulated in 1998), US – Anti-Dumping and Countervailing Duties (China) (March 2011), EC and certain member States — Large Civil Aircraft (May 2011) and Peru – Agricultural Products (2015).

These cases are representative of the AB’s rulings from a temporal perspective, comprising a selection from an early report (1998) until a more recent one (2015). While some are more thorough than others regarding considerations to Article 31(3)(c) and the principle of systemic integration, their combined assessment will provide a general overview of the subject here discussed.

3.1. US – Shrimp

The *US – Shrimp* report is marked by broad recourse to external sources of international law by the AB. In order to shed light on the meaning of “exhaustible natural resources” in GATT Article XX(g), the AB referenced a number of other international agreements. However, in doing so it made no reference to Article 31(3)(c), but rather through the “ordinary meaning” of the terms in accordance with Article 31(1) of the VCLT.

The AB did refer to Article 31(3)(c), but in a different context: to invoke the principle of good faith as a general principle of international law reflected under the *chapeau* of Article XX. The AB stated that the *cha-*

bell. The Principle of Systemic Integration and Article, v. 31, n. 3, (c) of the Vienna Convention. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 54, n. 2, p. 290, 2005. VILLIGER, Mark E. *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009. p. 433.

26 See, for instance, the relevance of the use of this provision in reconciling multilateral environmental agreements and WTO obligations: MOROSINI, Fabio Costa; NIENCHESKI, Luisa Zuardi. A relação entre os tratados multilaterais ambientais e os acordos da OMC: é possível conciliar o conflito?, *Brazilian Journal of International Law*, v. 12, n. 2, 2014, p. 156-158.

27 McLACHLAN, Campbell. The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 54, n. 2, 2005, p. 281.

28 General Assembly, Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the diversification and expansion of international law - Report of the Study Group of the International Law Commission, UN Doc A/CN.4/L.682, 13 April 2006.

29 Chin Leng Lim notes that “This is how the systemic integration clause is viewed today. It was not always so. In fact, the systemic integration clause was not previously viewed to have been concerned with systemic integration at all. Rather, it was viewed as an expression of the doctrine of inter-temporal law such that the words in a treaty might usefully be taken to have been used in the sense they bore under the rules of international law in existence at the time the treaty was made, but without ignoring the fact that it may be equally useful to have regard to the current state of the law” (LIM, Chin Leng. *Trade Law and the Vienna Treaty Convention’s Systemic Integration Clause*. In: CHAISSE, Julien; LIN, Tsai-yu (eds.), *International Economic Law and Governance Essays in Honour of Mitsuo Matsushita*, Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 98).

30 The reports on which this research focused were select through the following method: first, the database used was the WTO website and searching for relevant Appellate Body reports (“type of document”) which referred to “relevant rules” and/or “systemic integration” (“full text search”) (These terms were typed into the “find dispute text” section). Following this procedure, 14 Appellate Body reports were identified (as of 16 October 2018). However, not all of these reports refer to “relevant rules of international law” as such for purposes of interpretation. Moreover, in some of these reports, reference to “relevant rules” might be only superficial. The second step was thus to pinpoint the cases in which Article 31(3)(c) was effectively employed and substantive findings this provision were drawn. This paper disregards Appellate Body reports under DSU Article 21.5 procedures.

peau was “in fact, but one expression of good faith”.³¹ The VCLT provision was mentioned in a footnote to justify the fact that the AB’s task was “to interpret the language of the *chapeau*, seeking additional interpretative guidance, as appropriate, from the general principles of international law”.³²

This was the first time the AB referred to Article 31(3)(c),³³ and it is a very limited reference to the provision. For instance, there is no clarification on why the principle of good faith would be a “relevant rule of international law” for the purposes of that dispute. There is a mere assertion that general principles of international law can provide guidance and that this is justified by Article 31(3)(c).

Moreover, it is interesting to observe how reference to this provision came up when invoking a general principle which was in fact derived from the very text of Article XX (it is *an expression* of the *chapeau*). Conversely, the AB did not mention the VCLT provision or the principle of systemic integration when invoking other sources of international law (which also provided “additional interpretative guidance”) to interpret the meaning of “exhaustible natural resources”.

3.2. US — Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)

In *US — Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)*, the meaning of the term “public body” in Article 1.1(a)(1) of the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (SCM Agreement) was under dispute.³⁴ The question was whether state-owned and controlled entities should be characterized as public bodies for the purposes of Article 1.1(a)(1) of the SCM Agreement. China invoked the International Law Commission

(ILC) Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (DASR), in particular Articles 4, 5 and 8 (which lay out the rules on attribution of conduct to States), as relevant rules that should be taken into account for the interpretation of the provision in the sense of VCLT Article 31(3)(c).

The Panel in the dispute had considered that, while the DASR could be taken into consideration for interpretative purposes, panels and Appellate Body had accepted them as providing “conceptual guidance only to supplement or confirm, but not to replace, the analyses based on the ordinary meaning, context and object and purpose of the relevant covered Agreements”.³⁵ The Panel dismissed the DASR as “relevant rules of international law” as invoked by China claiming that the WTO Agreement should be interpreted “on its own terms, i.e., on the basis of the ordinary meaning of the terms of the treaty in their context [...]”, that the DASR are not binding and that the WTO rules are *lex specialis* vis-à-vis the general rules of international law on State responsibility.³⁶

The AB ascertained the meaning of “public body” following the steps of the general rule of interpretation in Article 31 of the VCLT. After analyzing the “ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose” and motivated by China’s arguments, it considered the DASR.

In this dispute, the AB developed a more detailed analysis on the applicability of non-WTO rules invoked under Article 31(3)(c) to WTO dispute settlement. It stated that the provision “contains three elements. First, it refers to ‘rules of international law’; second, the rules must be ‘relevant’; and third, such rules must be ‘applicable in the relations between the parties’”.³⁷ “Rules of international law”, for the AB, “corresponds to the sources of international law in Article 38(1) of the Statute of the International Court of Justice and thus includes customary rules of international law as well as

31 UNITED STATES — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, *Appellate Body report* (12 October 1998) WT/DS58/AB/R p. 61, para 158.

32 UNITED STATES — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, *Appellate Body report* (12 October 1998) WT/DS58/AB/R, p. 61-62, para 158 and footnote 157.

33 Previously, the AB had referred to this provision in *Brazil - Measures Affecting Desiccated Coconut* (WT/DS22/AB/R, p. 8), but only when referring to Brazil’s argument regarding the relevance of Article 28 of the VCLT. The AB did not make further considerations on the matter.

34 The provision states: “1.1 For the purpose of this Agreement, a subsidy shall be deemed to exist if: (a)(1) there is a financial contribution by a government or any public body within the territory of a Member (referred to in this Agreement as “government”), [...]”.

35 UNITED STATES - Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China, *Panel Report* (22 October 2010) WT/DS379/R p. 47, para 8.87.

36 UNITED STATES - Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China, *Panel Report* (22 October 2010) WT/DS379/R p. 48, para 8.87.

37 UNITED STATES - Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China, *Appellate Body Report* (11 March 2011) WT/DS379/AB/R, p. 119, para 307.

general principles of law”.³⁸

Thus, the AB hinted it would proceed to assessing whether the DASR provisions invoked by China corresponded to “rules of international” – i.e., customary international law or general principles of law.³⁹ However, before even addressing the issue, the AB reasoned that its interpretation of “public body” (based on the general rule in VCLT Article 31(1)) “coincide[d] with the essence of Article 5 [of the DASR]”.⁴⁰ In other words, the AB claimed that Article 5 of the ILC DASR lent support to its own foregoing analysis.⁴¹ The AB thus circumvented the question of whether the ILC DASR constitute general principles of law or customary law by stating that they “lent support” to its conclusions.

After that, the AB went on to criticize the Panel for its statements that the ILC provided mere “conceptual guidance” to WTO provisions and thus they did not constitute rules of international law in the sense of that provision. The AB reversed this finding and considered that if ILC Articles have been used to contrast or confirm the meaning of WTO Agreement provisions, “this evinces that these ILC Articles have been ‘taken into account’ in the sense of Article 31(3)(c) by panels and the Appellate Body in these cases”.⁴²

If the AB is clearly stating that these Articles have been considered in WTO case law through Article 31(3)(c), it means that it incidentally considers they have attained the status of customary law or general principle. After all, the AB had argued earlier that, to be taken into account as a “rule of international law”, they would have to correspond to one of these sources. However, the organ did not explain to what extent the DASR Articles reflected customary law or general principles.

Finally, in considering the Panel’s finding that the

ILC DASR could not supersede WTO Agreement provisions because these constitute *lex specialis vis-à-vis* international law, the AB concluded that there is a distinction between taking these Draft Articles into account for purposes of interpretation of the SCM Agreement and applying the Draft Articles. It stressed that the provisions being applied were those in the SCM Agreement.⁴³

3.3. EC and certain member States — Large Civil Aircraft

In *EC and certain member States — Large Civil Aircraft* (hereinafter, *Large Civil Aircraft*), the United States had brought a dispute to the DSS with regard to certain European Union (EU) measures that allegedly constituted subsidies to the Airbus companies for the development of civil aircraft. In its defense, the EU invoked the “Agreement between the European Economic Community and the Government of the United States of America concerning the application of the GATT Agreement on Trade in Civil Aircraft on trade in large civil aircraft” (1992 Agreement) as a relevant rule of international law, within the meaning of VCLT Article 31(3)(c). The EU invoked this provision and referred to it as the “principle of ‘systemic integration’ of all international agreements applicable in the parties’ relations [...]”.⁴⁴

There are two elements worth noting in the *Large Civil Aircraft* AB report. The first one relates to the “*relevant* rule of international law” criterion. The AB ultimately did not take the 1992 Agreement into consideration because it was deemed not “relevant” within the meaning of Article 31(3)(c). The AB considered that “[a] rule is ‘relevant’ if it concerns the subject matter of the provision at issue” and, since the 1992 Agreement did not specifically relate to the term “benefit” in Article 1.1(b) of the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, it could not be considered “relevant”.

The second element is the position the AB took regarding the meaning of the term “applicable in the relations between the parties” in Article 31(3)(c). In the EC

38 UNITED STATES - Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China, *Appellate Body Report* (11 March 2011) WT/DS379/AB/R, p. 119, para 308.

39 UNITED STATES - Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China, *Appellate Body Report* (11 March 2011) WT/DS379/AB/R, p. 118, para 304 ff.

40 UNITED STATES - Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China, *Appellate Body Report* (11 March 2011) WT/DS379/AB/R, p. 120, para 310.

41 UNITED STATES - Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China, *Appellate Body Report* (11 March 2011) WT/DS379/AB/R, p. 120, para 311.

42 UNITED STATES - Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China, *Appellate Body Report* (11 March 2011) WT/DS379/AB/R, p. 121, para 340.

43 UNITED STATES - Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China, *Appellate Body Report* (11 March 2011) WT/DS379/AB/R, p. 122, para 316.

44 EUROPEAN COMMUNITIES — Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft, *Appellate Body Report* (18 May 2011) WT/DS316/AB/R, p. 39, para 81.

– Biotech panel report, which was circulated in 2006 and was not appealed, the panelists had concluded that “the rules of international law to be taken into account in interpreting the WTO agreements at issue in this dispute are those which are applicable in the relations between [all] the WTO Members”.⁴⁵ This finding was largely criticized by the scholarship,⁴⁶ and directly challenged by the European Union in *Large Civil Aircraft*.⁴⁷

Before discarding the relevance of the 1992 Agreement to the dispute, the AB drew considerations on the meaning of the principle of systemic integration, and stated that

in the words of the ILC, seeks to ensure that ‘international obligations are interpreted by reference to their normative environment’ in a manner that gives ‘coherence and meaningfulness’ to the process of legal interpretation. In a multilateral context such as the WTO, when recourse is had to a non-WTO rule for the purposes of interpreting provisions of the WTO agreements, a delicate balance must be struck between, on the one hand, taking due account of an individual WTO Member’s international obligations and, on the other hand, ensuring a consistent and harmonious approach to the interpretation of WTO law among all WTO Members.⁴⁸

Albeit subtly, this extract, in highlighting the need to take into account “an individual WTO Member’s international obligations”, represents an implicit overruling – or at least a more nuanced approach – of the *EC – Biotech* panel finding on the matter.⁴⁹

45 EUROPEAN COMMUNITIES — Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products, *Panel report* (29 September 2006) WT/DS291/R; WT/DS292/R; WT/DS293/R, p. 333, para 7.68.

46 Most notably, by the Report of the Study Group of the International Law Commission ‘Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the diversification and expansion of International Law (13 April 2006) ILC, 58th session, Geneva, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006, UN Doc A/CN.4/L.682 227, para 459 and 237, para 471. See, *inter alia*, HOWSE, Robert; HORN, Henrik, European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products, *World Trade Review*, v. 8, n. 1, 49, 2009; McGRADY, Benn, Fragmentation of International Law or ‘Systemic Integration’ of Treaty Regimes: EC - Biotech Products and the Proper Interpretation of Article 31(3)(C) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, *Journal of World Trade*, v. 42, n. 4, pp. 589-618, 2008.

47 EUROPEAN COMMUNITIES — Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft, *Appellate Body Report* (18 May 2011) WT/DS316/AB/R, p. 39, para 82.

48 EUROPEAN COMMUNITIES — Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft, *Appellate Body Report* (18 May 2011) WT/DS316/AB/R, p. 363, para 845, footnotes suppressed.

49 Diane Desierto contends that the Appellate Body “[...] sim-

It is telling that the ILC report on fragmentation quoted in this extract by the AB had severely criticized the interpretation of the same term of the provision in the *EC – Biotech* panel report. In other words, the AB cited the works of an institution of general international law *par excellence* which criticized a previous WTO panel report in order to ground its considerations on the provision. One could assume that the AB drew these considerations precisely in order to send the message that it was overruling the *EC – Biotech* panel report.

This is especially so considering that in fact the agreement invoked under Article 31(3)(c) was dismissed for not being “relevant”, an assessment that typically comes before the meaning of “applicable in the relation between the parties”. The AB could, thus, have abstained from making any findings relating to this criterion, but instead it chose to make the above quoted statements.

3.4. Peru – Agricultural Products

A similar approach to that in *Large Civil Aircraft* was taken in the more recent *Peru – Agricultural Products* report, in which Peru invoked as part of its defense arguments Articles 20 and 45 of the ILC DASR (respectively, provisions on Consent and Loss of the Right to invoke responsibility to the violation of an international obligation).

The point of contention was the fact that, in Peru’s view, the Free Trade Agreement concluded between the disputants modified relevant WTO obligations between themselves. Peru argued that the DASR provisions on consent and loss of right to invoke responsibility were relevant to the interpretation of Article 4.2 of the Agreement on Agriculture and Article II:1(b) of the GATT, object of the dispute, in the terms of Article 31(3)(c) of the VCLT.⁵⁰

ply took a ‘balancing position’ [...]”, but did not “further elaborate or develop the practical implementation of this test, nor show the manner by which ‘due account was to be taken of the non-WTO rules, nor elucidate a methodology for achieving harmonization in the interpretation of WTO law in relation to non-WTO rules” (DESIERTO, Diane. *Public Policy in International Economic Law: the ICESCR in trade, finance and investment*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 206).

50 “In particular, Peru contends that the both the FTA and the ILC Articles are ‘rules of international law’, that they are ‘applicable’ between the parties, that they are ‘relevant’ to the interpretation of the above-mentioned WTO provisions, and that ‘parties’ in Article

The AB considered that the specific point under contention was the assessment of the nature of Peru’s tariffs, not whether there had been a waiver or a consent to the violation of relevant WTO provisions. Therefore, provisions on responsibility of states were of no relevance to the interpretation within the terms of Article 31(3)(c).⁵¹

Arguably, this very restrictive view may have been the rhetorical choice of the AB to avoid dealing with the question whether general rules of international law relating to circumstances precluding wrongfulness and state responsibility can be invoked under the multilateral trading system as justification for violation of WTO law.

After assessing these reports, it is worth noting that the fact that the AB does not often make explicit reference to Article 31(3)(c) or the principle of systemic integration does not mean that these have nonetheless been employed in an implicit manner. Indeed, Van Damme acknowledges that “Article 31(3)(c) is by no means the only principle that can justify treaty interpretation in the light of international law”.⁵²

An example is the US – Shrimp report, in which the AB confronted several international agreements relevant to the dispute in order to shed light on the meaning of “exhaustible natural resources”. Notably, it was assessing the “ordinary meaning” of the term by taking into consideration other relevant conventions. Still, this is nothing less than “taking into account, together with the context” of the GATT, a “relevant rule of international law applicable in the relations between the parties”. Indeed, the AB found it relevant to remark in a footnote, the acceptance of the United Nations Convention on the Law of the Sea (one of the conventions invoked by the AB) by the parties to the dispute.⁵³

31(3)(c) of the Vienna Convention should be understood to mean the parties to the dispute” (Peru — Additional Duty on Imports of Certain Agricultural Products, *Appellate Body report* (20 July 2015) WT/DS457/AB/R, p. 41 para 5.99).

51 PERU — Additional Duty on Imports of Certain Agricultural Products, *Appellate Body report* (20 July 2015) WT/DS457/AB/R, para 5.91 ff, in particular paras 5.103-5.104.

52 VAN DAMME, Isabelle. *Treaty interpretation and the WTO Appellate Body*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 375. In the same sense, HOWSE, Robert. The use and abuse of other “relevant rules of international law” in treaty interpretation: insights from WTO trade/environment litigation’ IILJ Working Paper, v. 1, 2007.

53 UNITED STATES — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, *Appellate Body report* (12 October 1998) WT/DS58/AB/R, p. 49, fn 110. For a detailed analysis on why the AB may have been preoccupied with demonstrating the acceptance of

The AB may therefore use the rationale behind the principle of systemic integration without specifically naming it or Article 31(3)(c). However, when it does so, it normally refers to Article 31(3)(c) of the VCLT, as part of the “steps” indicated by the VCLT principles on treaty interpretation. This results in a reference to non-WTO law that is very restrictive, since the methodology employed by the AB (and arguably by panels) is that of fulfilling the “criteria” to analyze whether a rule can be regarded within the scope of Article 31(3)(c) or not.

4. IMPLICATIONS OF THE USE OF ARTICLE 31(3)(C) TO THE WTO DSS: A POTENTIAL SOURCE FOR JUDICIAL ACTIVISM?

Judicial activism cannot be defined in an objective manner, mostly because “[w]hether something is identified as judicial activism [...] is often a matter of perspective”.⁵⁴ For the present purposes, three elements are taken into consideration to assess whether the recourse to non-WTO law by means of Article 31(3)(c) amounts to judicial activism: (1) the overall evolution on the use of the VCLT provision by the AB, (2) the use of external sources of law overstepping the line between applicable law and jurisdiction and, (3) from a legitimacy perspective, the reception of the reports which were analyzed in the previous section by WTO members in DSB meetings.

The use of the principle of systemic integration and Article 31(3)(c), when confronted with the limited material jurisdiction of the WTO AB, entails the question of how the jurisdiction of the DSS organs could be influenced. Through the logic of systemic integration, typically, international adjudicators may invoke sources of law that are not within their jurisdiction in order to interpret a provision. The ensuing problem is the blurred line between jurisdiction and applicable law.

As demonstrated, the applicability of Article 31(3)(c) to WTO dispute settlement was characterized by

the conventions by the disputants, see HOWSE, Robert. The use and abuse of other “relevant rules of international law” in treaty interpretation: insights from WTO trade/environment litigation’ IILJ Working Paper, v. 1, 2007, p. 14 ff.

54 ZARBIYEV, Fuad. Judicial Activism in International Law: A Conceptual Framework for Analysis. *Journal of International Dispute Settlement*, v. 3, n. 2, 2012. p. 252.

three criteria in the *Large Civil Aircraft* AB report: that the source being invoked is a *rule* of international law; that it is a *relevant* rule; and that it is “applicable in the relations between the parties”.

In *Large Civil Aircraft*, the AB dismissed the agreement called into question as non-relevant because, although it “relate[d] closely” to the issues of the dispute,⁵⁵ it did inform the meaning of the specific term “benefit” in Article 1.1(b) of the SCM Agreement. By restricting the relevance of a non-WTO rule to the interpretation of one specific word of a provision in a covered agreement, the AB adopted a very narrow approach to the meaning of “relevant”. This approach was maintained in the case *Peru – Agricultural Products*.

Evidently, this is a very restrictive view of the scope of application of the principle of systemic integration. The WTO covered agreements are by their very nature very technical and specific regarding their subject matter. Few other sources of law deriving from general international law (such as customary rules on state responsibility and general principles) will concern the same subject matter as WTO provisions. If one takes into consideration the broad use of written and unwritten sources of law made by the AB in the *US – Shrimp* report, one notices a decrease in the range of possible non-WTO law applicable to disputes.

A shift in the use of Article 31(3)(c) can be observed when the *US – Shrimp* report is confronted with the *Peru – Agricultural products* report. In the *US – Shrimp* report the use of the provision was very loose; the AB provided no explanations to the invocation of the provision and how good faith would fit into it. In Howse’s words, perhaps the AB was “making a statement” regarding the relationship between trade and environment, and it chose to refer to other sources of conventional law when it could have arrived at the same conclusions by referring solely to the preamble and previous GATT decisions.⁵⁶

In a subsequent dispute in which the AB recurred to Article 31(3)(c), several years later, one can see a remarkable contrast: the AB, in *US – Anti-Dumping*

and *Countervailing Duties (China)*, felt the need to dissect the provision into elements that had to be fulfilled. However, even then the threshold for fulfilling these criteria was not set high, and the DSR provisions at stake were considered “relevant rules of international law applicable ... between the parties” without major explanations.

Interestingly, the same DSR (albeit different provisions) was discarded as not relevant in the *Peru – Agricultural* report. Had the *Anti-Dumping and Countervailing Duties* report been issued more recently, in particular having in mind the strict interpretation of “relevant” in the *Peru – Agricultural* report, perhaps it would not have passed the “rule of international law” (or even the “relevance”) requirement. Still, the DSR could be used for providing interpretative guidance under other “step” of the VCLT Article 31, such as the ordinary meaning.

This strict reliance on the criteria of Article 31(3)(c) in order to revert to non-WTO law, in particular its focus on the “relevance” criterion, seems to be the line the AB drew for the use of these sources for interpretative purposes, rather than for its application within the DSS, and a sign contrary to judicial activism.

In light of the *Peru – Agricultural products* report, the test was much stricter than that in *US – Shrimp*. This can be explained by a possible shift in the AB’s perception of its mandate. While in the early years of its functioning the organ was preoccupied with a “declaration of independence”⁵⁷ and marking itself as an international organ, more recently it may have realized that it has to be more WTO-oriented and less expansive for questions of internal legitimacy. The minutes of meetings of the Dispute Settlement Body in the context of the adoption of these reports illustrates some of the Members’ perceptions towards the findings relevant to this paper.

The use of other sources of international law in *US – Shrimp* provided the underpinnings of the AB’s consideration on the evolutionary nature of the concept of “exhaustible natural resources”. In the DSB meeting held after the circulation of the report, the United States expressed that it was “pleased that the Appellate Body had emphasized that Article XX had to be ‘read

55 EUROPEAN COMMUNITIES — Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft, *Appellate Body Report* (18 May 2011) WT/DS316/AB/R, para 847.

56 HOWSE, Robert. The use and abuse of other “relevant rules of international law” in treaty interpretation: insights from WTO trade/environment litigation, *IIIJ Working Paper*, v. 1, p. 16, 2007.

57 See HOWSE, Robert. The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary. *European Journal of International Law*, v. 27, n. 1, p. 9-77, 2016.

by a treaty interpreter in light of contemporary concerns of the community of nations about the protection and conservation of the environment”.⁵⁸

On the other hand, this issue was criticized by other WTO members. The Philippines, for instance, one of the third parties in the dispute, considered that the “body of international treaties did not constitute one single code of conduct, they were instead an accumulation, each treaty separate and independent from the other”.⁵⁹ Thailand, India, Pakistan and the Philippines are members with a less political influence than countries like the United States. Yet, while the United States welcomed the approach by the AB in *US – Shrimp*, it did not express the same satisfaction when the AB interpreted the meaning of “public body” in *US – Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)*.

When the AB report in *US – Anti-Dumping and Countervailing Duties* was circulated, China manifested its appreciation of the reasoning, “in particular, the Appellate Body’s affirmation of the requirement under Article 31(3)(c) of the Vienna Convention to take into account relevant rules of international law as part of the process of treaty interpretation”.⁶⁰ The United States, on its side, manifested discontent with the report and criticized the AB approach.⁶¹ While the United States regarded the report in general as a “clear case of overreaching by the Appellate body”,⁶² it did not mention the recourse to the ILC DADR in interpreting the term “public body”.

The AB may have relied on the ILC DADR’s rules on attribution to determine the meaning of “public body” to a larger extent than what is explicitly in the report. However, the rhetoric it used was focused on the principles of interpretation of Article 31(1) (namely, ordinary meaning in light of its context and purpose) of the VCLT. Indeed, despite the fact that, for instance,

Japan criticized the use of the Draft Articles by the AB in this case,⁶³ the United States’ criticism was aimed at the substance of the finding rather than the recourse to this source of law.

The approach of the AB towards Article 31(3)(c) was not discussed in the DSB meetings regarding the reports on *Large Civil Aircraft* nor in *Peru – Agricultural Products*. Nevertheless, in commenting the latter, the United States remarked that, in its reasoning,

the Appellate Body had refrained from addressing certain issues of interpretation and public international law raised by Peru that were not necessary to resolve the dispute. This approach had allowed the Appellate Body to issue a concise, high-quality report, and the United States appreciated these efforts.⁶⁴

The United States has arguably adopted a consistent position regarding the perhaps expansive role taken by the AB in the interpretation of WTO provisions.⁶⁵ Yet, in *US – Shrimp*, it did not criticize the progressive approach taken by the organ; instead, it “welcomed” it. The approval of the United States towards AB reports which adopt a cautious (not to say narrow) view with relation to “certain issues of interpretation and public international law” is certainly contrasting with its position towards the *US – Shrimp* AB report.

In any case, the current AB approach lowers the chances of overstepping the line between interpretation and application of other international law within WTO dispute settlement. When the AB restricts the relevance of a non-WTO source of law to a specific expression in a WTO Agreement, and when it takes such a narrow approach to what can be considered ‘relevant’ in this sense, it is very unlikely that it will overreach its mandate by applying, in the WTO context, sources which are not part of the multilateral trading system.

On the other hand, the overreach in the use of non-WTO law may appear when the AB invokes it to clarify the meaning of WTO provisions, as seen in *US – Anti-dumping and Countervailing Duties (China)*. However,

58 Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 6 November 1998 (14 December 1998) WTO Doc WT/DSB/M/50, p. 11.

59 Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 6 November 1998 (14 December 1998) WTO Doc WT/DSB/M/50, p. 14.

60 Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 15 March 2011 (9 June 2011) WTO Doc WT/DSB/M/294, p. 17.

61 Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 15 March 2011 (9 June 2011) WTO Doc WT/DSB/M/294, p.18 ff.

62 USTR Statement Regarding WTO Appellate Body Report in Countervailing Duty Dispute with China, available at: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2011/march/ustr-statement-regarding-wto-appellate-body-report-c>, accessed: 17 October 2018.

63 Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 25 March 2011 (9 June 2011) WTO Doc WT/DSB/M/294 27.

64 Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 31 July 2015 (25 September 2015) WTO Doc WT/DSB/M/366 3.

65 For a detailed analysis of the criticisms addressed by the United States towards the AB alleged judicial overreach since the early years of its functioning, see McDOUGALL, Robert. The Crisis in WTO Dispute Settlement: Fixing Birth Defects to Restore Balance, *Journal of World Trade* v. 52, n. 6, p. 867-896, 2008.

since this report, the AB seems to have taken a stricter approach towards the possibility of invoking these sources. Moreover, this is a general problem of interpretation, not just one linked to the recourse to other sources of international law.

There is a final element worth remarking, which relates to what the United States calls “Issuing Advisory Opinions on Issues Not Necessary to Resolve a Dispute”.⁶⁶ This practice can be seen in US — Anti-Dumping and Countervailing Duties (China), Large Civil Aircraft and Peru — Agricultural Products.

In Countervailing Duties, the AB tried to circumvent addressing the status of the DASR as rules of international law, but eventually implicitly did so by correcting the Panel’s findings on the matter. One can argue that, having ascertained the meaning of “public body”, the AB could have concluded the analysis and not touched upon the question of whether the DASR is to be considered a “relevant rule of international law applicable in the relations between the parties”.

In Large Civil Aircraft, the AB did not have to make considerations regarding the meaning of “the parties” in Article 31(3)(c) since it ultimately dismissed the applicability of the 1992 Agreement invoked for being “not relevant”. Still, it drew conclusions that clearly stated its disagreement with the findings regarding the same issue in the EC — Biotech panel report.

In Peru — Agricultural products, the AB could have dismissed the allegations regarding the relevance of the free trade agreement on the basis that the treaty was not in force between the parties. It did not do so, and went on to analyze specific aspects of its applicability.

Therefore, it seems that the AB makes statements which are unnecessary to reach the same conclusion, but which are necessary to “send messages” through obiter dicta to its membership.⁶⁷ In this sense, the jurisdictional constraints of the AB may not be as narrow as they seem at first sight when it comes to interpreting Article

31(3)(c). Whether this is a positive or negative take by the organ depends on one’s view of its judicial function.

5. CONCLUSION

This paper addressed one element among several which may have contributed to the criticisms directed at the role played by the Appellate Body in its functioning: the use of VCLT Article 31(3)(c) and the reference to non-WTO sources of law for the interpretation of WTO obligations through this provision and the principle of systemic integration. While this specific interpretative tool has not been an object of direct criticism, the way in which the AB refers to other “relevant sources of international law” could give rise to claims of judicial activism.

Three main conclusions can be drawn from the practice of the AB with regard to its use of Article 31(3)(c) and the principle of systemic integration. First, it opts to refer to the codified provision rather than to the principle of systemic integration. The long-standing “tradition” of following the codified rules on treaty interpretation in the resolution of the disputes and the “authorization” granted by DSU Article 3.2 to invoke to customary rules on treaty interpretation can explain why AB, panels and parties have preferred to invoke Article 31(3)(c) of the VCLT rather than the principle of systemic integration. These reasons enhance the legitimacy of resorting to this mechanism for taking into account non-WTO rules.

This consideration is bolstered by the second conclusion: the approach of the AB towards Article 31(3)(c) has shifted from a very broad one, in *US — Shrimp*, to a strict one, as seen in particular in the *Peru — Agricultural products* dispute. The AB, in its more recent case law, developed a very strict benchmark for assessing whether a rule of international law is “relevant” for interpreting WTO terms and provisions.

The third conclusion flows from the foregoing two: the current AB approach on the use of Article 31(3)(c) does not in fact promote systemic integration. While the interpretative practices of the AB in general fall outside the scope of the present paper — for instance, to what extent the interpretation of the term “public body” amounted to judicial overreach —, it is apparent from the analysis advanced here that the tendency to invoke

66 USTR, 2018 Trade Policy Agenda and 2017 Annual Report - Chapter I - The President’s Trade Policy Agenda, available at: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/reports-and-publications/2018/2018-trade-policy-agenda-and-2017>, accessed 05 December 2018.

67 For a discussion on *obiter dicta* and the AB, see GAO, Henry. Dictum on Dicta: Obiter Dicta in WTO Disputes. *World Trade Review*, 2018, v. 17, n. 3. pp. 509–533 and SACERDOTI, Giorgio. A Comment on Henry Gao, ‘Dictum on Dicta: Obiter Dicta in WTO Disputes’. *World Trade Review*, v. 17, n. 3. p. 535–540, 2018.

non-WTO law by the AB is becoming less frequent. In fact, a very limited role has been given to general international law sources in the interpretation of the covered agreements, in particular by means of Article 31(3)(c).

The more deferential approach adopted by the AB in more recent case law, in contrast with the more liberal one in US – Shrimp, may have been a response to the criticisms which now threaten its very existence. Systemic interpretation is no longer at the center of the debate; now, there must be a compromise between tackling vague-worded provisions and its own internal legitimacy.

REFERENCES

- BACCHUS, James. Not in clinical isolation. In: MARCEAU, Gabrielle (ed.). *A History of Law and Lawyers in the GATT/WTO: The Development of the Rule of Law in the Multilateral Trading System*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- BARTELS, Lorand. Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings. *Journal of World Trade*, v. 35, n. 3, p. 499–519, 2001.
- DESIERTO, Diane. *Public Policy in International Economic Law: the ICESCR in trade, finance and investment*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- DÖRR, Oliver. Article 31. General rule of interpretation. In: DÖRR, Oliver; SCHMALENBACH, Kirsten (ed.). *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*. Springer, 2018.
- GAO, Henry. Dictum on Dicta: Obiter Dicta in WTO Disputes. *World Trade Review*, v. 17, n. 3. pp. 509–533, 2018.
- HOWSE, Robert. The use and abuse of other “relevant rules of international law” in treaty interpretation: insights from WTO trade/environment litigation?. IILJ Working Paper, v. 1, 2007.
- _____. The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary. *European Journal of International Law*, v. 27, n. 1, p. 9-77, 2016.
- HOWSE, Robert; HORN, Henrik. European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products. *World Trade Review*, v. 8, n. 1, pp. 43-83, 2009.
- LIM, Chin Leng. Trade Law and the Vienna Treaty Convention’s Systemic Integration Clause. In: CHAISSE, Julien; LIN, Tsai-yu (eds.), *International Economic Law and Governance Essays in Honour of Mitsuo Matsushita*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- LINDROOS, Anja; MEHLING, Michael. Dispelling the Chimera of ‘Self-Contained Regimes’ International Law and the WTO. *European Journal of International Law*, v. 16, n. 5, p. 857-877, 2006.
- MARCEAU, Gabrielle Zoe. A call for coherence in international law: praises for the prohibition against ‘Clinical Isolation’ in WTO dispute settlement. *Journal of World Trade*, v. 33, n. 5, pp. 87-152, 1999.
- _____. Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions the Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties. *Journal of World Trade*, v. 35, n. 6, 2001, p. 1081–1131.
- _____. Fragmentation in International Law: The Relationship between WTO Law and General International Law - A Few Comments from a WTO Perspective. *Finnish Yearbook of International Law*, v. 7, 2006.
- McDOUGALL, Robert. The Crisis in WTO Dispute Settlement: Fixing Birth Defects to Restore Balance, *Journal of World Trade*, v. 52, n. 6, 2018, p. 867-896.
- McGRADY, Benn. Fragmentation of International Law or ‘Systemic Integration’ of Treaty Regimes: EC - Biotech Products and the Proper Interpretation of Article 31(3)(C) of the Vienna Convention on the Law of Treaties. *Journal of World Trade*, v. 42, n. 4, pp. 589-618, 2008.
- McLACHLAN, Campbell. The Principle of Systemic Integration and Article, v. 31, n. 3, (c) of the Vienna Convention. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 54, n. 2, pp. 279-320, 2005.
- MERKOURIS, Panos. *Article 31(3)(c) and the Principle of Systemic Integration: Normative Shadows in Plato’s Cave*. Brill Nijhoff: 2015.
- MOROSINI, Fabio Costa; NIENCHESKI, Luisa Zuardi. A relação entre os tratados multilaterais ambientais e os acordos da OMC: é possível conciliar o conflito?, *Brazilian Journal of International Law*, v. 12, n. 2, pp. 152-167, 2014.
- VAN DAMME, Isabelle. *Treaty interpretation and the WTO Appellate Body*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

VAN DAMME, Isabelle. Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body, *The European Journal of International Law*, v. 21, n. 3, 2010.

VILLIGER, Mark E. *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

PALMETER, David; MAVROIDIS, Petros C. The WTO Legal System: Sources of Law. *The American Journal of International Law*, v. 92, p. 398-413, 1998.

PAUWELYN, Joost. *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

SACERDOTI, Giorgio. A Comment on Henry Gao, 'Dictum on Dicta: Obiter Dicta in WTO Disputes'. *World Trade Review*, v. 17, n. 3. p. 535-540, 2018.

STEGER, Debra, The founding of the Appellate Body. In: MARCEAU, Gabrielle (ed). *A History of Law and Lawyers in the GATT/WTO: The Development of the Rule of Law in the Multilateral Trading System*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

ZARBIYEV, Fuad. Judicial Activism in International Law: A Conceptual Framework for Analysis. *Journal of International Dispute Settlement*, v. 3, n. 2, pp. 247-278, 2012.

WTO Case law

UNITED STATES — Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, Appellate Body Report (29 April 1996) WTO Doc WT/DS2/AB/R.

UNITED STATES — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Appellate Body report (12 October 1998) WT/DS58/AB/R.

EUROPEAN COMMUNITIES — Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products, Panel report (29 September 2006) WT/DS291/R; WT/DS292/R; WT/DS293/R.

UNITED STATES - Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China, Panel Report (22 October 2010) WT/DS379/R.

UNITED STATES - Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China, Appellate Body Report (11 March 2011) WT/DS379/AB/R.

EUROPEAN COMMUNITIES — Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft, Appellate Body Re-

port (18 May 2011) WT/DS316/AB/R.

PERU — Additional Duty on Imports of Certain Agricultural Products, Appellate Body report (20 July 2015) WT/DS457/AB/R.

Other documents

General Assembly, Subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties - Text of the draft conclusions adopted by the Drafting Committee on second reading, UN Doc A/CN.4/L.907, 11 May 2018.

General Assembly, Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the diversification and expansion of international law - Report of the Study Group of the International Law Commission, UN Doc A/CN.4/L.682, 13 April 2006, p. 208, para 413.

Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 6 November 1998 (14 December 1998) WTO Doc WT/DSB/M/50.

Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 15 March 2011 (9 June 2011) WTO Doc WT/DSB/M/294.

Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body, Geneva, November 21, 2018, available at https://geneva.usmission.gov/wp-content/uploads/sites/290/Nov21.DSB_Stmt_as-deliv.fin_public.pdf, accessed 05 December 2018.

Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes (DSU), Annex 2 of the WTO Agreement, available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dsu_e.htm. Access in: 05 Dec. 2018.

United Nations, Report of the International Law Commission - Seventieth session (30 April-1 June and 2 July-10 August 2018), UN Doc A/73/10, p. 13, emphasis added.

USTR, Statement Regarding WTO Appellate Body Report in Countervailing Duty Dispute with China, available at: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2011/march/ustr-statement-regarding-wto-appellate-body-report-c>, accessed: 17 October 2018

USTR, 2018 Trade Policy Agenda and 2017 Annual Report - Chapter I - The President's Trade Policy Agenda, available at: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/>

press-office/reports-and-publications/2018/2018-trade-policy-agenda-and-2017, accessed 05 December 2018).

Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980) 1155 UNTS 331.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Leveza e peso na mediação comercial internacional: o conteúdo jurídico do acordo corporativo mediado e sua incorporação pelo Direito brasileiro

Lightness and heaviness in international commercial mediation: the juridical content of mediated corporate agreements and its incorporation by Brazilian Law

Henrique Lenon Farias Guedes

Leveza e peso na mediação comercial internacional: o conteúdo jurídico do acordo corporativo mediado e sua incorporação pelo Direito brasileiro*

Lightness and heaviness in international commercial mediation: the juridical content of mediated corporate agreements and its incorporation by brazilian Law

Henrique Lenon Farias Guedes**

RESUMO

Identificando uma lacuna doutrinária sobre mediação comercial internacional, a qual justifica a proposta de pesquisa, este artigo pretende responder ao seguinte problema: o acordo corporativo mediado no estrangeiro tem efeitos diretos no Brasil? A hipótese é que, embora não haja necessidade de homologação, há instrumentos processuais, no direito brasileiro, capazes de obstar essa livre recepção. Inicialmente, o texto aborda a difícil conceituação de mediação tanto no âmbito do direito internacional público quanto no direito do comércio internacional, fazendo referências à doutrina especializada. Em seguida, investiga o conteúdo jurídico da mediação no Brasil, enfocando a legislação sobre o tema. Posteriormente, busca identificar se o direito brasileiro trata a mediação estrangeira e como poderia, no atual contexto normativo, receber acordos realizados em outros países, com referências à Lei de Mediação, ao Código de Processo Civil, à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Por fim, tenta encontrar subsídios complementares à análise do tema, nos trabalhos — não necessariamente nos tratados — da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado e da Comissão das Nações Unidas Sobre Direito do Comércio Internacional, entidades especializadas de que o Brasil participa ativamente. Com base nos elementos descritos nessas seções, em síntese, o artigo, aplicando método hipotético-dedutivo, debate os limites à recepção doméstica dos acordos corporativos mediados no estrangeiro. Afinal, confirmando a hipótese, o artigo propõe uma alteração da Lei de Mediação, explicitando os critérios de nacionalidade do acordo corporativo mediado, o tratamento do direito brasileiro em matéria de execução e outros temas de direito internacional privado, evitando discussões protelatórias que maculariam a atratividade da mediação e prejudicariam a continuidade espacial da boa-fé.

Palavras-chave: Mediação comercial internacional. Acordos corporativos mediados. Incorporação de atos estrangeiros.

* Recebido em: 09/09/2018
Aprovado em: 29/11/2018

** Advogado, Doutorando em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (USP), Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB) e professor do Centro Universitário de João Pessoa (Unipê). E-mail : hlfguedes@gmail.com

ABSTRACT

Identifying an omission in the literature regarding international commercial mediation, which justifies the proposed research, this paper intends to answer to the following question: does a foreign corporate mediated settlement have direct effects in Brazil? The hypothesis is that, even though there is not a need for “exequatur”, it is possible to prevent the free reception of such transactions with Brazilian procedural instruments. At first, the paper approaches the difficult definition of mediation, both in public international law and in international trade law, with references to specialized doctrine. Secondly, it investigates the juridical content of mediation in Brazil, focusing on the legislation on the issue. Then, it tries to identify if Brazilian law has provisions on foreign mediation and how, in the current normative context, it could receive settlements mediated in other countries, with references, in this section, to the Brazilian Mediation Act, to the Civil Procedural Code, to domestic rules on private international law and to decisions ruled by the Superior Court of Justice. Finally, it tries to find complementary subsidies to the analysis in the works of the Hague Conference on Private International Law and in the United Nations Commission on International Trade Law, specialized entities of which Brazil is an active member. Taking the elements described in those sections, in sum, the paper applies a hypothetical-deductive method to debate the limits to domestic reception of corporate settlements mediated abroad. In the end, after confirming the hypothesis, the paper proposes that the Brazilian Mediation Law is altered to present the criteria of nationality of the agreement, as well as to clarify the enforcement of the settlement and other aspects of Private International Law, in order to prevent that any delay would affect the attractiveness of mediation and compromise the spatial continuity of good faith.

Keywords: International commercial mediation. Mediated corporate settlements. Incorporation of foreign acts.

1. INTRODUÇÃO

Antes de apresentar a impactante narrativa de “A Insustentável Leveza do Ser”, Milan Kundera propõe,

nos capítulos iniciais do romance, uma reflexão sobre o conceito de “eterno retorno”, presente na obra de Friedrich Nietzsche. O autor tcheco refuta a tese do filósofo alemão, preocupando-se com o peso que uma indefinida repetição dos atos humanos — proposta de Nietzsche — causará à História. Para Kundera, se os erros acontecem apenas uma vez — por exemplo, o Terror de Robespierre —, é possível encontrar perdão para eventos históricos desastrosos, louvando seus acertos e ofuscando seus crimes — justificando, por exemplo, a exaltação que a França faz à Revolução de 1789, apesar dos assassinatos ali cometidos.¹ Por outro lado, se as atitudes individuais tivessem que ser reiteradas pereneamente, carregariam um peso insustentável.²

Assim como essas reflexões levaram o autor tcheco a encontrar seus personagens e iniciar sua ficção, podem, também, justificar a necessidade de se examinar a mediação comercial internacional. De fato, no debate sobre a circulação transfronteiriça de acordos de vontade e de produtos judiciais, um tema se revela ausente: a incorporação de acordos corporativos mediados. Nesse sentido, a doutrina e a prática contemporâneas de direito internacional privado se ocupam da recepção de sentenças arbitrais e judiciais, e há, nesse contexto, tratados de sucesso, como a Convenção de Nova Iorque Sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, e textos que ainda não alcançaram número razoável de adesões, como a Convenção da Haia Sobre o Reconhecimento e a Execução de Julgamentos Estrangeiros em Questões Cíveis e Comerciais. Também é recorrente o debate sobre a valorização da autonomia da vontade nos negócios internacionais, seja por meio do pragmático conceito de “lex mercatoria” — por definição, uma lei dos mercadores, e não de um Estado —, seja pela recente conclusão dos Princípios da Haia Sobre a Escolha da Lei Aplicável a Contratos Comerciais Internacionais, de 2015.

1 “Let us therefore agree that the idea of eternal return implies a perspective from which things appear other than as we know them: they appear without the mitigating circumstance of their transitory nature. This mitigating circumstance prevents us from coming to a verdict. For how can we condemn something that is ephemeral, in transit? In the sunset of dissolution, everything is illuminated by the aura of nostalgia” (KUNDERA, Milan. *The unbearable lightness of being*: a novel. New York: Harper Perennial, 2005).

2 “If every second of our lives recurs an infinite number of times, we are nailed to eternity as Jesus Christ was nailed to the cross. It is a terrifying prospect. In the world of eternal return the weight of unbearable responsibility lies heavy on every move we make” (*Ibid.*, p. 5).

Assim, nos tratados, nos costumes e no “soft law”, o direito internacional privado tem-se ocupado dos contratos comerciais, frutos da negociação direta entre as partes, e das sentenças arbitrais e judiciais, frutos da adjudicação, porém aparenta omissão sobre o meio termo: a mediação, em que as partes tentam pôr fim a uma disputa, com auxílio de um terceiro que não é adjudicador. Em meio ao silêncio que se percebe quanto a um método crescentemente usado de solução de disputas comerciais internacionais, à escolha de lei e às sentenças arbitrais e judiciais, cada vez mais, tem sido atribuída uma leveza pelo direito internacional privado: praticadas uma vez, nos países de origem, não precisam ter seu mérito examinado pelos Estados de foro, que se habituaram a ratificar, como regra, as negociações diretas e se limitam, quanto às sentenças, a um juízo de deliberação.

Não havendo legislação clara sobre o conteúdo jurídico da mediação comercial internacional, elemento turvo entre a negociação e a adjudicação, resta o risco de que a um método mais sutil de resolução de conflitos comerciais, que é o caso da mediação, seja atribuído um peso insustentável, tal como fala Milan Kundera, pois a transação decorrente da mediação pode não valer em outros países, prejudicando a leveza inerente a esse mecanismo. Outra justificativa para a pesquisa do tema advém de debate contemporâneo sobre o tema, na Comissão das Nações Unidas Sobre Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL), que se ocupou, em reuniões mais recentes, de preparar uma convenção sobre o cumprimento de acordos derivados de mediação comercial. Balanceando tais preocupações, o problema a que este artigo pretende responder é: o acordo corporativo mediado no estrangeiro tem efeitos diretos no Brasil? A hipótese é: embora não haja necessidade de homologação, há instrumentos processuais, no direito brasileiro, capazes de obstar a livre recepção.

A primeira seção deste artigo aborda a difícil conceituação de mediação tanto no âmbito do direito internacional público quanto no direito do comércio internacional, fazendo referências à doutrina especializada. A segunda parte investiga o conteúdo jurídico da mediação no Brasil, enfocando a legislação sobre o tema. A terceira seção busca identificar se o direito brasileiro trata a mediação estrangeira e como poderia, no atual contexto normativo, receber acordos realizados em outros países, com referências à Lei de Mediação, ao Código de Processo Civil (CPC), à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e a precedentes do

Superior Tribunal de Justiça (STJ). A quarta parte tenta encontrar subsídios complementares à análise do tema, nos trabalhos — não necessariamente nos tratados — da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado e da UNCITRAL, entidades especializadas de que o Brasil participa ativamente. Com base nos elementos descritos nessas seções, em síntese, o artigo, aplicando método hipotético-dedutivo, debate os limites à recepção doméstica dos acordos corporativos mediados no estrangeiro.

2. MEDIAÇÃO INTERNACIONAL E MEDIAÇÃO ESTRANGEIRA

A mediação é método de solução de conflitos clássico nos estudos de direito internacional público, estando prevista no artigo 33.1 da Carta das Nações Unidas, que autoriza o Conselho de Segurança a convidar as partes de uma controvérsia internacional à mediação. Mais recentemente, o método foi usado na aproximação³ entre o Governo de Bogotá e as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC), os quais celebraram acordo de paz em 2016.⁴

No âmbito da doutrina especializada, não há uma posição muito clara acerca das diferenças entre conciliação e mediação internacionais, à medida que parte dela atribui ao mediador a possibilidade — às vezes, o dever — de propor soluções às partes, conforme diversos publicistas.⁵ Divergindo dessa tendência⁶, o professor da

3 Embora se trate de um conflito armado não-internacional, aplicam-se diversas disposições de direito internacional, com potencial conhecimento da disputa pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas.

4 ACOSTA, Luis Jaime. Secret mediator helped guide Colombia to peace deal. *Reuters*, Cali, 22 set. 2016.

5 MATSUSHITA, Mitsuo; SCHOENBAUM, Thomas J.; MAVROIDIS, Petros C. *The world trade organization: law, practice, and policy*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 115; MENEZES, Wagner. *Tribunais internacionais: jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 120; MIRANDA, Jorge. *Curso de direito internacional público: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 230; NASSER, Salem H. *Direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 201. p. 224; REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 410; VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 450.

6 Lew, Mistelis e Kröll, em conhecido compêndio sobre arbitragem comercial internacional, também apontam o caminho da diferenciação entre conciliação e mediação, embora mantenham a confusão vocabular: “Mediation is a process whereby a mediator, *i.e.* a neutral

Universidade de Sheffield, J. G. Merrils⁷, localiza a mediação internacional na interseção entre os bons ofícios, em que o terceiro meramente estabelece um canal de comunicação entre as partes, e a conciliação, em que o terceiro analisa o conflito e sugere soluções às partes.⁸

A mediação de que se ocupa este artigo não seria exatamente internacional, no sentido “entre Estados” veiculado pela original palavra inglesa, porém a definição mais adequada é similar à apontada pelo último doutrinador. De fato, a mediação tem sido utilizada, cada vez mais, em conflitos de comércio internacional, sendo importante, para os fins propostos, compreender que pode haver um procedimento de mediação, realizado entre atores privados no estrangeiro, cujo resultado — um acordo — pode ser trazido para o Brasil, a fim de ser cumprido. Ademais, a mediação especificamente estrangeira — isto é, realizada em um país estrangeiro, com partes nacionais — também é um campo em desenvolvimento, eis que paulatinamente surgem novas leis que regulam procedimentos domésticos de mediação. Nesse contexto, o Parlamento Europeu editou, em 2008, diretiva sobre a conformação dos direitos nacionais em matéria de mediação civil e comercial⁹, e o Banco Mundial tem monitorado¹⁰ o crescimento de mecanismos alternativos ao

third party, works with the parties to resolve their dispute by agreement, rather than imposing a solution. It is sometimes known as conciliation. Historically, and because of the slightly different methods applied in mediation and conciliation in public international law, they were perceived as different processes. Consequently mediation sometimes refers to a method where a mediator has a more proactive role (evaluative mediation) and conciliation sometimes refers to a method where a conciliator has a more facilitating mediator role (facilitative mediation).” (LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan. *Comparative international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law, 2003. p. 14)

7 MERRILS, J. G. *International dispute settlement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 26.

8 “What distinguishes this kind of assistance from conciliation is that a mediator generally offers proposals informally and on the basis of information supplied by the parties, rather than independent investigations, although in practice such distinctions tend to be blurred” (*Ibid.*, p. 26)

9 UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de Maio de 2008 relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial. Estrasburgo, 21 maio 2008. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008L0052&from=EN>. Acesso em: 08 jun. 2018.

10 Eis um trecho do relatório Doing Business de 2018 (WORLD Bank. Doing Business 2018: reforming to create jobs. Washington, 2018. Disponível em: <http://www.doingbusiness.org/~media/WBG/DoingBusiness/Documents/Annual-Reports/English/DB2018-Full-Report.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2018.): “The alternative dispute resolution index has six components: 1) Whether domestic

Judiciário — ou métodos adequados — para solução de disputas, em seu relatório *Doing Business*, apontando que a mediação pode tornar o ambiente de negócios mais favorável, ao fortalecer instituições jurídicas e facilitar o cumprimento de contratos.¹¹ De fato, a busca por métodos alternativos ao Judiciário — no limite, alternativos ao Estado —, para solucionar disputas, parte do pressuposto — ideológico¹² ou apenas pragmático¹³ — de que

commercial arbitration is governed by a consolidated law or consolidated chapter or section of the applicable code of civil procedure encompassing substantially all its aspects. A score of 0.5 is assigned if yes; 0 if no. 2) Whether commercial disputes of all kinds—aside from those dealing with public order, public policy, bankruptcy, consumer rights, employment issues or intellectual property—can be submitted to arbitration. A score of 0.5 is assigned if yes; 0 if no. 3) Whether valid arbitration clauses or agreements are enforced by local courts in more than 50% of cases. A score of 0.5 is assigned if yes; 0 if no. 4) Whether voluntary mediation, conciliation or both are a recognized way of resolving commercial disputes. A score of 0.5 is assigned if yes; 0 if no. 5) Whether voluntary mediation, conciliation or both are governed by a consolidated law or consolidated chapter or section of the applicable code of civil procedure encompassing substantially all their aspects. A score of 0.5 is assigned if yes; 0 if no. 6) Whether there are any financial incentives for parties to attempt mediation or conciliation (for example, if mediation or conciliation is successful, a refund of court filing fees, an income tax credit or the like). A score of 0.5 is assigned if yes; 0 if no.”

11 WORLD Bank. Doing Business 2018: reforming to create jobs. Washington, 2018. Disponível em: <http://www.doingbusiness.org/~media/WBG/DoingBusiness/Documents/Annual-Reports/English/DB2018-Full-Report.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2018.

12 L. A. Becker enxerga uma perspectiva neoliberal nos métodos alternativos: “Diante da pressão por aceleração, a política e o direito têm três reações possíveis — que não são excludentes entre si; quer dizer, pode-se usar cada uma em cada matéria, conforme os interesses em jogo. A primeira reação possível (“conservadora”) é pura e simplesmente ignorar a demanda, mantendo o critério descompassado entre a velocidade crescente do mercado e a da espacialidade pública. Com isso, política e direito arcam com o risco de pôr em xeque sua própria legitimação. A segunda (“neoliberal”) é atender à demanda abrindo mão de regular a matéria objeto da pressão econômica, mediante sua entrega à tutela da iniciativa privada. Na política, a desregulamentação; no processo, o juízo arbitral. Nessas áreas, a matéria objeto da pressão por aceleração passa a ser pautada pelo ritmo da espacialidade privada. É atirada aos leões do mercado, ou seja, ao domínio da racionalidade técnico-econômica. A terceira (“dromocrática”) é tentar atender à demanda mediante uma aceleração do ritmo próprio da espacialidade pública. Às vezes, em detrimento do debate democrático (na política) e das garantias constitucionais (no direito), como o contraditório. Claro que sempre haverá um descompasso residual, vale dizer, a aceleração promovida nunca será suficiente para saciar as pressões da economia, a fome dos leões”. (BECKER, L. A. Qual é o jogo do processo? Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012. p. 342-343)

13 Um comentário feito no relatório da sexagésima oitava sessão da UNCITRAL revela esse pragmatismo: “As a general point, it was suggested that the recommendations of the Working Group on future work should be based on the needs of the users, particularly those of the business community, and on the feasibility of

o ente público não tem o monopólio da justiça. Para o Banco Mundial¹⁴, a propósito, a mediação é¹⁵ um processo em que um terceiro auxilia as partes a identificar as questões em disputa, a se comunicarem e a alcançar um acordo sobre o conflito ou sobre parte dele, enquanto, para a citada diretiva europeia, trata-se de “um processo estruturado, independentemente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre a resolução do seu litígio com a assistência de um mediador”¹⁶.

Conforme Margaret Moses¹⁷, o mediador, na solução de conflitos privados, tenta fazer com que as partes entendam os pontos de vista alheios, inclusive por meio de reuniões privadas com elas.¹⁸ Blackaby *et alii*¹⁹ indi-

cam que a mediação está no coração dos métodos alternativos de solução de disputas²⁰ e que o mediador tenta convencer as partes a focar nos seus reais interesses, e não no que elas acreditam ser seus direitos contratuais ou legais; embora a mediação e a conciliação tenham conceitos próximos e sejam palavras usadas de forma alternada, o conciliador pode dar um passo adiante, propondo os termos para um acordo conforme sua percepção do que seria justo.²¹

Os últimos autores citados trazem, para sua definição de conciliação no conhecido livro *Redfern and Hunter on International Arbitration*, referência às Regras de Conciliação da UNCITRAL, recomendadas pela Assembleia Geral da ONU em 1980, e à Lei Modelo de Conciliação Internacional de 2002, também feita pela UNCITRAL.²² De fato, a Lei Modelo da UNCITRAL propositalmente abrangeu a mediação em sua definição de conciliação²³, contudo, desde 2015, essa Comissão da ONU tem debatido uma Convenção Sobre o Cumprimento de Acordos Comerciais Internacionais Resultantes de Mediação²⁴, revelando uma nova consciência²⁵

the work. It was also emphasized that any work should focus on promoting arbitration as an efficient method and avoid possible over-regulation. It was further mentioned that any decision should also respond to the request of developing States that were in their initial stages of implementing a legislative framework for dispute resolution” (NAÇÕES UNIDAS. United Nations Commission on International Trade Law. *A/CN.9/934: report of working group II (dispute settlement) on the work of its sixty-eighth session*. Nova Iorque, 2018. Disponível em: <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?OpenAgent&DS=A/CN.9/934&Lang=E>. Acesso em: 08 jun. 2018.).

14 INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION. *Making Mediation Law*. Washington, 2016. p. 18. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/899611503551941578/Making-mediation-law>. Acesso em: 08 jun. 2018.

15 Eis a definição adotada no manual “Making Mediation Law”: “Mediation is generally accepted to be a structured process comprising one or more sessions in which one or more mediators—without adjudicating a dispute or any aspect of it and with the goal of enabling the parties to take voluntary responsibility for resolving their dispute—assist the parties to do any or all of the following: Identify the issues in dispute. Explore and generate options. Communicate with one another. Reach an agreement regarding the resolution of the whole or part of the dispute” (INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION. *Making Mediation Law*. Washington, 2016. p. 18. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/899611503551941578/Making-mediation-law>. Acesso em: 08 jun. 2018.).

16 UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. *Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de Maio de 2008 relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial*. Estrasburgo, 21 maio 2008. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008L0052&from=EN>. Acesso em: 08 jun. 2018.

17 MOSES, Margaret. *Principles and practice of international commercial arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 17.

18 “Because mediators try to understand and reconcile the interests of the parties, mediation is sometimes referred to as an *interest-based* procedure, while arbitration is referred to as a *rights-based* procedure” (*Ibid.*, p. 17).

19 BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN,

Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. New York: Oxford University Press, 2009. p. 46.

20 “Mediation lies at the heart of ADR” (*Ibid.*, p. 46).

21 *Idem.*

22 *Ibid.*, p. 47.

23 Eis o artigo 1, 3, da Lei Modelo: “For the purposes of this Law, “conciliation” means a process, whether referred to by the expression conciliation, mediation or an expression of similar import, whereby parties request a third person or persons (“the conciliator”) to assist them in their attempt to reach an amicable settlement of their dispute arising out of or relating to a contractual or other legal relationship. The conciliator does not have the authority to impose upon the parties a solution to the dispute” (NAÇÕES UNIDAS. *UNCITRAL model law on International Commercial Conciliation with Guide to Enactment and Use*. New York, 2004. Disponível em: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953_Ebook.pdf. Acesso em: 08 jun. 2018.).

24 NAÇÕES UNIDAS. United Nations Commission on International Trade Law. *A/CN.9/934: report of working group II (dispute settlement) on the work of its sixty-eighth session*. Nova Iorque, 2018. Disponível em: <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?OpenAgent&DS=A/CN.9/934&Lang=E>. Acesso em: 08 jun. 2018.

25 No caso específico da UNCITRAL, houve uma preocupação com a divulgação da convenção, porém a definição adotada pela Comissão passou a ser a mais adequada. Eis trecho do relatório da sexagésima oitava sessão da UNCITRAL: “‘Mediation’ is a widely used term for a process where parties request a third person or persons to assist them in their attempt to reach an amicable settlement of their dispute arising out of, or relating to, a contractual or other legal relationship. In its previously adopted texts and relevant documents, UNCITRAL used the term ‘conciliation’ with the understanding that the terms ‘conciliation’ and ‘mediation’ were interchangeable. In preparing the [Convention/amendment to the Model Law], the

no delineamento claro das diferenças entre conciliação e mediação na solução de disputas privadas.

Em suma, apesar da confusão semântica entre conciliação e mediação, o último dos dois métodos de solução de conflitos tem ganhado estatura própria na doutrina estrangeira e, mais recentemente, na produção tratadística, diferenciando-se da conciliação, porque o mediador não traz propostas às partes, dando-lhes poder, para atingirem as soluções autonomamente. Seu tratamento pelo direito brasileiro será objeto da próxima seção.

3. O CONTEÚDO JURÍDICO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL

Os métodos alternativos ao Judiciário, para a solução de conflitos, têm recebido atenção cada vez maior da doutrina, da jurisprudência e, mais recentemente, do legislador brasileiro, contudo a consulta aos manuais de referência da mediação no Brasil pode surpreender o profissional da área jurídica. Em verdade, a maioria das obras²⁶ trata de estratégias de mediação, não se ocupando, primordialmente, de uma conformação jurídica do tema. Isso era ainda mais evidente, antes de haver um marco normativo da mediação, que hoje é regulada pela Resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nº 125/2010, pelo CPC de 2015 e, de forma especial, pela Lei Federal nº 13.140, de 26 de junho de 2015, a qual

Commission decided to use the term ‘mediation’ instead in an effort to adapt to the actual and practical use of the terms and with the expectation that this change will facilitate the promotion and heighten the visibility of the [Convention/ Model Law]. This change in terminology does not have any substantive or conceptual implications.” (NAÇÕES UNIDAS. *A/CN.9/WG.II/WP.205*. Settlement of commercial disputes International commercial mediation: preparation of instruments on enforcement of international commercial settlement agreements resulting from mediation. Note by the Secretariat. Nova Iorque, 2017. Disponível em: <http://undocs.org/A/CN.9/WG.II/WP.205>. Acesso em: 08 jun. 2018., p. 3)

26 Por exemplo, *Caixa de Ferramentas em Mediação*, livro fundamental escrito pela médica Tania Almeida, trata de temas como “separar a pessoa do problema” (ALMEIDA, Tania. *Caixa de ferramentas em mediação*: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash, 2014. p. 104) e “visitar o lugar do outro” (*Ibid.*, p. 279), sem cuidar de contingências jurídicas das práticas expostas na obra. A versão mais recente de *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*, do advogado Carlos Eduardo de Vasconcelos, embora trate de importantes marcos normativos nacionais e internacionais, também aborda conteúdos extrajurídicos, como “escuta ativa” (VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2017. p. 163) e “validação de sentimentos com empatia” (*Ibid.*, p. 175).

entrou em vigor, em 28 de dezembro de 2015.²⁷

De fato, a profusão de habilidades pessoais e de técnicas advindas de searas diversas como a Psicologia e a Neurologia confere à mediação caráter transjurídico que justifica a constante referência a sentimentos, feita entre os mediadores mais conhecidos.²⁸ Encontrar sinergia entre a transjuridicidade da mediação, a fuga de métodos tradicionais de solução de conflitos e a complexidade das relações conflituais contemporâneas certamente tomariam mais espaço que o permitido para este artigo, porém é importante ressaltar que a multiplicidade de abordagens para a mediação pode ser reflexo da percepção de que a busca de métodos alternativos ao Judiciário é parte de uma nova “cultura de pacificação social”, assim denominada pela Resolução nº 125 do CNJ, a qual dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos. Como a mencionada resolução parte do pressuposto de que o acesso à justiça, “além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas”,²⁹ percebe-se que o próprio Poder Judiciário, por meio do seu órgão gestor máximo, conferiu espaço a soluções que, antes de ser jurídicas, são efetivas. No âmbito da novel política judiciária, o enfoque desejado, segundo a Resolução, volta-se aos métodos consensuais, como mediação e conciliação.

Alguns anos depois da Resolução nº 125, que foi pouco alterada posteriormente à sua publicação em 2010, o CPC de 2015 trouxe diversos incentivos à negociação entre as partes, não apenas para flexibilizar aspectos formais do processo, como prazos, mas também para obrigar os litigantes a, antes do oferecimento da contestação, participarem de uma audiência de mediação ou de conciliação obrigatória, conforme o artigo 334 do diploma.³⁰

27 A “vacatio legis” de cento e oitenta dias está prevista no artigo 47 da Lei de Mediação.

28 William Ury, um dos mais reputados mediadores da atualidade e cofundador do Harvard Negotiation Project, é autor de *Como chegar ao sim com você mesmo*, em que também enfoca habilidades pessoais e interpessoais, sem qualquer apelo à normatividade (URY, William. *Como chegar ao sim com você mesmo*. Rio de Janeiro: Sextante, 2015).

29 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, 2010.

30 Eis o dispositivo, com destaques nos parágrafos: “Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta)

O advento da Lei de Mediação simplifica esforços de conceituar tal método: de acordo com o artigo 1º e com seu respectivo parágrafo único, a mediação é um “meio de solução de controvérsias entre particulares”³¹, definida como “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

Consoante a Lei de Mediação, esse método é orientado por oito princípios: imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé. A conjugação dos princípios da autonomia da vontade e da boa-fé justifica que, embora a mediação seja um mecanismo voluntário, as partes que celebraram cláusula contratual de mediação devem sempre comparecer à primeira reunião, ainda que ela seja infrutífera; em suma, caso haja previsão de mediação, no contrato de que se originou o conflito, ela deve ser instituída, e as partes, acorrerem ao encontro inaugural; conforme o artigo 2º, § 2º, da mencionada lei, porém, “ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação”.

A lei brasileira autoriza que sejam objeto de mediação os conflitos que envolvam direitos disponíveis e direitos indisponíveis que admitam transação, porém, no segundo caso, o consenso das partes deve ser homologado em juízo, após a oitiva do Ministério Público. Observa-se, com essa previsão legal, presente no artigo 3º, que a mediação, no Brasil, pode abranger um número de disputas maior que a arbitragem, permitida apenas para “litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, conforme o artigo 1º da Lei Federal nº 9.307/1996. A linguagem usada na Lei de Mediação, em comparação com a da Lei de Arbitragem, permite perceber que, enquanto esta foi intencionalmente desenvolvida para questões comerciais, aquela pode abarcar conflitos familiares ou quicá criminais, em práticas de justiça restaurativa.

dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. [...] § 4º A audiência não será realizada: I – se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II – quando não se admitir a autocomposição. [...] § 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado”.

31 O capítulo II da mesma Lei autoriza a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público.

Contemporaneamente à Lei de Mediação, o CPC-2015 trouxe imposições específicas desse método, compartilhando com diversos agentes processuais a obrigação de uma cultura colaborativa. O artigo 3º, § 3º, do novo Código indica que “[a] conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”. Conforme lembra Grinover³², os métodos consensuais de solução de conflitos tornaram-se questão de política judiciária no marco do CPC-2015.

Em verdade, no Brasil, a mediação pode ser judicial ou extrajudicial. Em ambos os casos, é necessária uma preparação específica, conforme os artigos 9º e 11 da Lei de Mediação, e, embora se preveja a inscrição de mediadores e de Câmaras privadas junto aos Tribunais, para realização de sessões de mediação judicial, o país tem um número razoável de Câmaras de Mediação com atuação eminentemente extrajudicial, incluindo a Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB) e o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá (CAM-CCBC), além de um escritório local da tradicional Câmara de Comércio Internacional, sediada em Paris (ICC). Entidades desse tipo possuem regulamentos próprios de mediação, podendo administrar procedimentos alheios a qualquer processo judicial; para realizar sessões de mediação incidentais a processo judicial, porém, devem estar cadastradas no Tribunal respectivo, conforme os artigos 167 do Código de Processo Civil de 2015 e 12-C da Resolução nº 125 do CNJ.

Conforme a seção III da Lei de Mediação, o procedimento de mediação é iniciado com o agendamento da primeira sessão, suspende o prazo prescricional e, se requerido no curso do processo, suspende-o também, não se retirando, porém, o poder de concessão de tutela de urgência pelo Juiz. A mediação prosseguirá, enquanto as partes desejarem dela participar, ou enquanto o mediador encontrar esforços justificados para a obtenção do consenso; falecendo o ânimo de qualquer das partes ou do mediador, ou se alcançando acordo, será lavrado o termo final da mediação, encerrando-se o procedimento. Consoante o parágrafo único do artigo 20 da Lei

32 GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *O Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2015.

de Mediação, “[o] termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial”.

Reside, no dispositivo transcrito, o gatilho para a discussão do conteúdo jurídico da mediação no direito brasileiro. De fato, há previsão legal expressa³³, para reconhecer o acordo corporativo mediado no Brasil como título executivo extrajudicial. Mesmo que não haja homologação por Juiz, trata-se de estatura robusta no contexto processual brasileiro; para o CPC, o credor pode promover a execução forçada (artigo 778), ter a obrigação de fazer imposta sob pena de multa arbitrada pelo Juiz (artigo 814), beneficiar-se de atos de expropriação (artigo 824), além de diversos outros atos de coerção, sendo tal execução considerada definitiva.³⁴

A estatura de título executivo extrajudicial pode ser alcançada por outros caminhos, inclusive por negociação direta entre as partes³⁵; por outro lado, no curso

do processo judicial, as partes também podem chegar ao consenso e ter sua autocomposição homologada por sentença, gerando título executivo judicial, conforme o artigo 26, § 11, do CPC. Em ambos os casos, porém, a travessia é mais tortuosa, isto é, embora o destino final possa ser atingido por meios vários, a mediação compõe-se de técnicas cada vez mais especializadas e tem sido incentivada³⁶ em conflitos empresariais complexos.

Para os efeitos deste artigo, em suma, apesar da transjuridicidade da mediação, o acordo corporativo mediado no Brasil tem estatura de título executivo extrajudicial. O alcance do adjunto adverbial “no Brasil”, contido no período anterior, precisa ser mais bem analisado, entretanto, e isso será feito no tópico seguinte.

4. A MEDIAÇÃO ESTRANGEIRA NO BRASIL

Esta seção investiga o tratamento que o direito brasileiro confere ao acordo corporativo mediado no estrangeiro, inicialmente com base em referências encontradas na Lei de Mediação. Em seguida, devido à ausência de legislação específica sobre a recepção da

33 Fortalecem a executoriedade de acordos não-homologados por Juiz, no Brasil, dispositivos do artigo 784 do CPC-2015: “Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais: [...] III – o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas; IV – o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal; [...] XII – todos os demais títulos aos quais, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva”.

34 Assim indica a Súmula nº 317 do Supremo Tribunal Federal: “É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos”.

35 “PROCESSO CIVIL. TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL. HOMOLOGAÇÃO. LEI 9.099/95. ART. 57. IMPOSSIBILIDADE. 1. É imprescindível preservar o escopo da Lei 9.099/95, criada para facilitação de acesso ao Poder Judiciário pelos titulares de direitos relacionados a lides de menor complexidade, com procedimento simplificado e julgamento célere, desafogando-se, com isso, os Tribunais em causas de procedimento ordinário ou sumário. 2. O art. 57 da Lei 9.099/95 tem, em princípio, eficácia transcendente à Lei dos Juizados Especiais. Essa norma, contudo, teria o papel de regular provisoriamente a matéria, até que ela encontrasse regulação específica nos diplomas adequados, a saber, o Código de Processo Civil e o Código Civil. 3. O CPC, nas sucessivas reformas ocorridas desde meados dos anos 90, vem tendo alterada a redação de seu art. 584, III, de modo a contemplar, com maior ou menor extensão, a possibilidade de homologação de acordos extrajudiciais. 4. Na última alteração a que se sujeitou o código, contudo, incluiu-se o art. 475-N, que em lugar de atribuir eficácia de título executivo judicial à sentença que homologue acordo que verse sobre matéria não posta em juízo, passou a falar em transações que incluam matéria não posta em juízo. 5. Uma transação que inclua matéria não posta em juízo está claramente a exigir que a transação, para ser homologável, tem de se referir a uma lide previamente existente, ainda que tenha conteúdo mais amplo que o dessa lide posta. Assim, a transação para ser homologada teria de ser levada a efeito em uma ação já ajuizada. 6.

É necessário romper com a ideia de que todas as lides devem passar pela chancela do Poder Judiciário, ainda que solucionadas extrajudicialmente. Deve-se valorizar a eficácia dos documentos produzidos pelas partes, fortalecendo-se a negociação, sem que seja necessário, sempre e para tudo, uma chancela judicial. 7. A evolução geral do direito, num panorama mundial, caminha nesse sentido. Tanto que há, hoje, na Europa, hipóteses em que ações judiciais somente podem ser ajuizadas depois de já terem as partes submetido sua pretensão a uma Câmara Extrajudicial de Mediação, como corre, por exemplo, na Itália, a partir da promulgação do Decreto Legislativo nº 28/2010. 8. Ao homologar acordos extrajudiciais, o Poder Judiciário promove meramente um juízo de delibação sobre a causa. Equiparar tal juízo, do ponto de vista substancial, a uma sentença judicial seria algo utópico e pouco conveniente. Atribuir eficácia de coisa julgada a tal atividade implicaria conferir um definitivo e real a um juízo meramente sumário, quando não, muitas vezes, ficto. Admitir que o judiciário seja utilizado para esse fim é diminuir-lhe a importância, é equipará-lo a um mero cartório, função para a qual ele não foi concebido. 9. Recurso especial não provido” (REsp 1184151/MS, Rel. Ministro Massami Uyeda, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira turma, julgado em 15/12/2011, DJe 09/02/2012).

36 “O deslocamento da atenção em direção à mediação se dá fundamentalmente pelo fato de que o método atende melhor às principais estratégias empresarias de gerenciamento de disputas: o controle de custos durante o processo e de riscos do resultado. Ademais, como revelam as pesquisas, a adoção do processo de mediação por essas empresas tem gerado alta satisfação. As reações ao litígio ou arbitragem raramente provocam o mesmo grau de satisfação” (FAL-ECK, Diego. *Mediação empresarial: introdução e aspectos práticos*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 42, p. 263-278, jul.-set. 2014).

transação mediada, examina-se a abordagem conferida aos títulos executivos extrajudiciais estrangeiros, tanto na perspectiva legislativa quanto na jurisprudencial.

4.1. Extraterritorialidade e Internet

Entre as disposições finais da Lei de Mediação, encontra-se a previsão do artigo 46, cuja contemporaneidade é animadora: “[a] mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo”. O parágrafo único, porém, torna a questão mais interessante: “[§] facultado à parte domiciliada no exterior submeter-se à mediação segundo as regras estabelecidas nesta Lei”.

Embora o parágrafo único pareça indicar uma aplicação extraterritorial da Lei de Mediação, dois elementos de sua redação merecem ser destacados: ele está subordinado a uma previsão de mediação “online” e fala em “parte”, no singular.

Partindo-se do pressuposto óbvio de que a mediação tem, no mínimo, duas partes, observa-se que a Lei de Mediação faz referência a “partes”, no plural, sempre que se refere a fato, ato ou atributo compartilhado por todas elas: no artigo 2º, V, fala da “autonomia da vontade das partes”; no artigo 4º, fala que o mediador poderá ser “escolhido pelas partes”; o próprio “caput” do artigo 46, ora em análise, usa o plural. Embora o legislador pudesse ter sido, no dispositivo em comento, tão claro como foi no parágrafo único do artigo 10³⁷, em que usou o termo “uma das partes”, é razoável concluir que o uso do singular indica que uma das partes — e não todas elas — tem domicílio no estrangeiro. De todo modo, a previsão indicada não é suficiente, para responder ao problema do artigo.

É interessante observar, por fim, que o domicílio da pessoa, no Brasil, é o fator que despertará o elemento de conexão para a determinação da capacidade, o que pode afetar a aplicação da Lei de Mediação, já que a decisão de se submeter à mediação deve ser livre e voluntária.

37 Eis a redação do dispositivo: “Comparecendo uma das partes acompanhada de advogado ou defensor público, o mediador suspenderá o procedimento, até que todas estejam devidamente assistidas”.

4.2. O tratamento legislativo

À primeira vista, a recepção doméstica de acordos corporativos mediados no estrangeiro não suscitaria elevadas dúvidas no intérprete do CPC-2015, na medida em que seu artigo 784, § 2º, afirma que “[o]s títulos executivos extrajudiciais oriundos de país estrangeiro não dependem de homologação para serem executados”. Tampouco haveria óbice das regras de “jurisdição nacional”, contidas no CPC-2015, à medida que o acordo corporativo mediado, sendo título executivo, dispensaria processo de conhecimento³⁸, e apenas deste tratam os dispositivos processuais domésticos.³⁹

Contudo, refletindo uma autoproteção do sistema⁴⁰, o parágrafo seguinte indica: “[o] título estrangeiro só terá eficácia executiva quando satisfeitos os requisitos de formação exigidos pela lei do lugar de sua celebração e quando o Brasil for indicado como o lugar de cumprimento da obrigação”. Aqui se identificam dois óbices à executoriedade do acordo estrangeiro: a observância dos requisitos de formação, de acordo com a lei da celebração; a indicação do Brasil como lugar de cumprimento da obrigação.

Invertendo a ordem dos requisitos, para facilitar a análise, percebe-se que a expressa exigência de menção ao Brasil no título executivo pode até ter o efeito de facilitar o cumprimento da obrigação, mas, na verdade, pode significar, em longo prazo, frustração da efi-

38 “Se o exequente dispõe de título executivo extrajudicial, não necessita de utilizar o processo de conhecimento. Ingressa em juízo, diante do inadimplemento, diretamente no processo de execução, por meio do exercício da ação executiva autônoma.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil anotado*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 853)

39 As regras de jurisdição do Juiz brasileiro sobre matéria transnacional estão presentes nos artigos 21 a 25 do Código de Processo Civil de 2015, sendo divididas em competência concorrente com o Juiz estrangeiro (artigos 21 e 22), competência exclusiva do Juiz brasileiro (artigo 23), litispendência com Juiz estrangeiro (artigo 24) e exclusão da jurisdição do Juiz brasileiro por eleição de foro estrangeiro (artigo 25).

40 “O processo de recepção do direito estrangeiro por um sistema jurídico pode ser comparado ao da reação de um organismo ao implante cirúrgico de um órgão proveniente de outro corpo. Problemas de compatibilidade, de qualidade, e imunológicos, são facilmente associáveis à ideia de utilização da sentença estrangeira, fruto da ação soberana de outro Estado. Assim, é preciso que ela seja admitida para que produza efeitos internamente” (BAPTISTA, Luiz Olavo. Homologabilidade de sentença arbitral estrangeira. In: BASSO, Maristela; CARVALHO, Patrícia Luciane de. *Lições de direito internacional: estudos e pareceres de Luiz Olavo Baptista*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 40).

cácia do acordo mediado. Se uma empresa concorda com obrigação de fazer, é compreensível que se exija a menção ao país de cumprimento, assim como faz sentido a condição de indicar o Brasil, se houver obrigação de pagar em reais ou de realizar a transação financeira no território brasileiro⁴¹. Em longo prazo, porém, pensando em efeitos nem imediata nem necessariamente vinculados às obrigações acordadas, pode haver óbice desnecessário ao cumprimento do acordo: se as partes concordarem que uma pagará à outra determinada quantia, e houver inadimplemento, a execução da dívida poderá dar-se em qualquer país em que a devedora tenha bens. Se esse país for o Brasil, porém, o título não terá eficácia, prejudicando a satisfação de um acordo que, presumivelmente, se negociou de boa-fé.

Por outro lado, a observância da lei de celebração do acordo está afim à disposição do artigo 9º da LINDB, segundo a qual, “[p]ara qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”. A recente posição do Superior Tribunal de Justiça tem sido mais liberal, conforme revela o caso da cobrança de dívidas de jogo oriundas de cassinos do Estado americano de Nevada, em que a Terceira Turma do STJ não enxergou violação à ordem pública no reconhecimento de débito decorrente de prática vedada no Brasil, mas autorizada no país de constituição da obrigação.⁴²

41 Sobre o último caso, há precedente do STJ, de acordo com o artigo 585, § 2º, do CPC-1973, cuja redação é similar ao dispositivo ora analisado: “PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CONFISSÃO DE DÍVIDA EM MOEDA ESTRANGEIRA. EXCEÇÃO AUTORIZADA PELO ART 2º, I e IV, DO DECRETO 23.501/1933. CLÁUSULA QUE INDICA A NECESSIDADE DE PAGAMENTO EM CONTA CORRENTE NO EXTERIOR. DOMICÍLIO DO DEVEDOR NO BRASIL. EXEQUIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ART. 585, § 2º, CPC. - A confissão de dívida em moeda estrangeira não se mostra ilegal quando o negócio jurídico diz respeito à importação e o credor reside no exterior. Aplicam-se à hipótese as exceções do art. 2º, I e IV, do Decreto 23.501/1933. - A melhor interpretação do art. 585, §2º, CPC, indica que o Brasil é “o lugar de cumprimento da obrigação” quando o pagamento é feito por complexas transferências eletrônicas de fundos, a pedido do devedor, domiciliado no Brasil, a credor, residente no exterior. Aceita-se, portanto, a eficácia executiva do título com tais características. Recurso Especial não conhecido. (REsp 1080046/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira turma, julgado em 23/09/2008, DJe 10/12/2008)”

42 “RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. COBRANÇA. DÍVIDA DE JOGO. CASSINO NORTE-AMERICANO. POSSIBILIDADE. ART. 9º DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO. EQUIVALÊNCIA. DIREITO NACIONAL E ESTRANGEIRO. OFENSA À ORDEM PÚBLICA. INEXISTÊNCIA. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. VEDAÇÃO. TRIBUNAL ESTADUAL. ÓRGÃO INTERNO. INCOM-

É interessante observar que o artigo 784, § 3º, do CPC-2015 não se relaciona com a supracitada previsão da Lei de Mediação a qual faculta ao domiciliado no estrangeiro participar de procedimento virtual, pois, segundo a Quarta Turma do STJ⁴³, a aplicação da lei do país em que se constitui a obrigação não se vincula ao domicílio do proponente, mas ao local em que ele estava no momento da propositura — conceito mais próximo de residência, portanto.

Ainda assim, exatamente na relação entre o artigo 784, § 3º, do CPC-2015 e o artigo 9º da LINDB, verifica-se o maior entrave à livre circulação de acordos

PETÊNCIA. NORMAS ESTADUAIS. NÃO CONHECIMENTO. PRESCRIÇÃO. SÚMULA Nº 83/STJ. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. 1. Na presente demanda está sendo cobrada obrigação constituída integralmente nos Estados Unidos da América, mais especificamente no Estado de Nevada, razão pela qual deve ser aplicada, no que concerne ao direito material, a lei estrangeira (art. 9º, caput, LINDB). 2. Ordem pública é um conceito mutável, atrelado à moral e a ordem jurídica vigente em dado momento histórico. Não se trata de uma noção estanque, mas de um critério que deve ser revisto conforme a evolução da sociedade. 3. Na hipótese, não há vedação para a cobrança de dívida de jogo, pois existe equivalência entre a lei estrangeira e o direito brasileiro, já que ambos permitem determinados jogos de azar, supervisionados pelo Estado, sendo quanto a esses, admitida a cobrança. 4. O Código Civil atual veda expressamente o enriquecimento sem causa. Assim, a matéria relativa à ofensa da ordem pública deve ser revisitada sob as luzes dos princípios que regem as obrigações na ordem contemporânea, isto é, a boa-fé e a vedação do enriquecimento sem causa. 5. Aquele que visita país estrangeiro, usufrui de sua hospitalidade e contrai livremente obrigações lícitas, não pode retornar a seu país de origem buscando a impunidade civil. A lesão à boa-fé de terceiro é patente, bem como o enriquecimento sem causa, motivos esses capazes de contrariar a ordem pública e os bons costumes. 6. A vedação contida no artigo 50 da Lei de Contravenções Penais diz respeito à exploração de jogos não legalizados, o que não é o caso dos autos, em que o jogo é permitido pela legislação estrangeira. [...]” (REsp 1628974/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 25/08/2017)

43 Eis o precedente: “DIREITO CIVIL. LICC. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA. OBRIGAÇÃO DECORRENTE DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO BANCÁRIO DESTINADO A IMPORTAÇÃO DE EQUIPAMENTO INDUSTRIAL. CDC AFASTADO. ART. 535 DO CPC. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. DISPOSITIVO INAPLICÁVEL E IMPERTINENTE. TAXA DE JUROS. LIMITAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DE NORMA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO ESPECIAL. 1. A norma do art. 9º, § 2º, da LICC (atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), não se refere a domicílio, mas a simples “residência”, revelando caráter temporário, vinculado ao local onde se encontrava o proponente no momento de propor a realização do negócio jurídico. [...]” (REsp 963.852/PR, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 06/10/2014)

corporativos mediados, pois três problemas advêm, de imediato, dessa previsão legal. Em primeiro lugar, qual deve ser considerado o “local da mediação”? Em segundo, as partes podem livremente escolher a lei aplicável à mediação, ou a Lei de Mediação é norma imperativa? Em terceiro, é possível ao Brasil fazer controle da lei estrangeira? Tais questões serão abordadas a seguir, em subseções específicas.

4.2.1. O local da constituição da obrigação

O debate sobre o local da realização de procedimentos alternativos de solução de controvérsias transnacionais já é bem estruturado no âmbito da arbitragem, cujo “seat” determinará a nacionalidade⁴⁴ da sentença arbitral.⁴⁵ Para Blackaby *et alli*,⁴⁶ um procedimento de arbitragem internacional geralmente requer referência a, no mínimo, quatro conjuntos de leis, potencialmente de nacionalidades distintas: a lei que rege o reconhecimento e executividade da convenção de arbitragem; a “lex arbitri”, que regula o procedimento de arbitragem propriamente dito; a lei aplicável ao mérito da disputa, a ser aplicada pelo Tribunal Arbitral; a que rege o reconhecimento e a execução da sentença.

Transpondo-se tais elementos para a mediação, não se faria necessário falar em lei aplicável ao mérito, pois não há uma decisão a ser tomada pelo terceiro, tampouco há “direito” cuja análise resultaria favorável a uma das partes. As referências às três demais “leis” suscitadas, contudo, também podem surgir no âmbito da mediação, indagando-se qual é o direito que rege a cláusula de mediação, qual regula o procedimento de mediação e qual se ocupa do seu reconhecimento e execução. Como o direito que rege o reconhecimento e execução do acordo corporativo mediado é, em verdade, o problema central deste artigo, examinam-se, a seguir, os

outros dois conjuntos de leis.

De fato, retornando ao artigo 784, § 3º, do CPC-2015, recorda-se que devem ser “satisfeitos os requisitos de formação exigidos pela lei do lugar de sua celebração [*do título*]”. Embora a “celebração do título” pareça indicar apenas o acordo corporativo mediado, é certo que esse elemento de conexão pode servir tanto para a transação final quanto para o itinerário por que percorreram as partes, isto é, para o procedimento de mediação. No Brasil, por exemplo, não se aceita acordo sob coação, podendo retirar-se tal vedação do artigo 151 do Código Civil⁴⁷; o direito doméstico, porém, tampouco admite mediação sob coação, conforme se extrai do artigo 2º, V, da Lei de Mediação⁴⁸. Há, assim, uma distinção entre o caminho para realização do acordo e esse resultado. Um exemplo interessante advém da seara laboral: admitia-se, desde a redação original da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, a realização de conciliação, contanto que fosse feita perante o Juiz⁴⁹; em outras palavras, para o dissídio individual trabalhista, poderia haver acordo, mas o caminho para ele passava apenas pelo Magistrado. Com o advento da Lei Federal nº 9.958/2000, autorizaram-se Comissões de Conciliação Prévia, criadas por empresas e sindicatos, para tentar conciliar dissídios individuais de trabalho. Mais recentemente, na reforma trabalhista promovida pela Lei Federal nº 13.467/2017, surgiu a possibilidade de as partes transacionarem extrajudicialmente, postulando ao Juiz, em petição conjunta, a homologação por sentença⁵⁰; além disso, a mesma lei trouxe a possibilidade de arbitragem individual⁵¹, em cujo contexto pode haver

47 Eis o dispositivo: “Art. 151. A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens”.

48 Eis o dispositivo: “Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: [...] V - autonomia da vontade das partes”.

49 Eis o dispositivo de interesse na CLT: “Art. 764 – Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação. § 1º – Para os efeitos deste artigo, os juízes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos. § 2º – Não havendo acordo, o juízo conciliatório converter-se-á obrigatoriamente em arbitral, proferindo decisão na forma prescrita neste Título. § 3º - É lícito às partes celebrar acordo que ponha termo ao processo, ainda mesmo depois de encerrado o juízo conciliatório”.

50 Eis o dispositivo de interesse na CLT: “Art. 855-B. O processo de homologação de acordo extrajudicial terá início por petição conjunta, sendo obrigatória a representação das partes por advogado”.

51 Eis o dispositivo de interesse na CLT: “Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas

44 A Lei Brasileira de Arbitragem, a propósito, considera tal critério suficiente, para qualificar como estrangeira uma sentença arbitral: “Art. 34. A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei. Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional”.

45 LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan. *Comparative international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law, 2003. p. 172.

46 BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. New York: Oxford University Press, 2009. p. 3.

também transação⁵². As inovações legislativas de 2000 e de 2017, portanto, trouxeram novas oportunidades de conciliação legítima nas relações de emprego, incluindo a participação dos sindicatos, a negociação direta entre as partes e a figura do árbitro privado entre as possibilidades. Apesar das novas veredas, persiste o argumento: nem sempre, a lei que permite transação também autoriza a intervenção de terceiros quaisquer na confecção desse acordo.

A respeito desse tema, é importante destacar que, embora a mediação se caracterize pela informalidade, a Lei Federal nº 13.140/2015 trouxe questões processuais relevantes, como o convite para início do procedimento de mediação (artigo 21), os elementos mínimos da cláusula de mediação (artigo 22) e uma interessante previsão de suspensão do processo arbitral ou judicial, para realização de mediação, quando houver a chamada “cláusula escalonada”, que prevê a realização de mediação anteriormente à arbitragem (artigo 23). É possível, assim, que as partes optem por promover a mediação conforme uma lei “processual” diferente, deixando que o acordo propriamente dito seja regido pela lei do local da sua constituição. Essa liberdade será tratada na subseção seguinte.

4.2.2. Livre escolha da lei aplicável

A referência, na subseção anterior, às possibilidades de transação judicial e extrajudicial, no âmbito das relações de trabalho, também pode ser um ponto de partida para o debate sobre a livre escolha da lei aplicável à mediação. Em algumas jurisdições nacionais, esse método é muito usado, para solucionar dissídios individuais⁵³

vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996”.

52 Assim prevê a Lei Brasileira de Arbitragem: “Art. 28. Se, no curso da arbitragem, as partes chegarem a acordo quanto ao litígio, o árbitro ou o tribunal arbitral poderá, a pedido das partes, declarar tal fato mediante sentença arbitral, que conterà os requisitos do art. 26 desta Lei”.

53 É importante esclarecer que a controvérsia na doutrina trabalhista nacional, acerca da validade da solução privada de conflitos trabalhistas, cinge-se à perspectiva individual, ou seja, aos dissídios entre empregado e empregador, já que, no Brasil, mediação e arbitragem são métodos incontestavelmente permitidos para a solução de conflitos coletivos de trabalho. Confira-se ilustrativa previsão da Lei Federal nº 10.101/2000, que regula a participação nos lucros e resultados: “Art. 4o Caso a negociação visando à participação

trabalhistas, como nos Estados Unidos da América, em que o homólogo nacional de um Ministério do Trabalho editou, em 1994, um relatório que recomendava a mediação individual.⁵⁴ No Brasil, ao contrário, não se admite⁵⁵ submissão obrigatória do empregado a qualquer etapa negocial anterior à Justiça do Trabalho⁵⁶, por se considerar violação à garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição. Nesse sentido, pensar na negociação⁵⁷ entre empregado e empregador, para realizar mediação com base na lei de outro país, é potencialmen-

nos lucros ou resultados da empresa resulte em impasse, as partes poderão utilizar-se dos seguintes mecanismos de solução do litígio: I – mediação; II – arbitragem de ofertas finais, utilizando-se, no que couber, os termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996. § 1o Considera-se arbitragem de ofertas finais aquela em que o árbitro deve restringir-se a optar pela proposta apresentada, em caráter definitivo, por uma das partes. § 2o O mediador ou o árbitro será escolhido de comum acordo entre as partes. § 3o Firmado o compromisso arbitral, não será admitida a desistência unilateral de qualquer das partes. § 4o O laudo arbitral terá força normativa, independentemente de homologação judicial”.

54 DUNLOP Commission on the Future of Worker Management Relations – Final Report. Washington, 1994.

55 Eis ilustrativo precedente da Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho: “RECURSO DE REVISTA. OFÍCIO AO MPT. AUSÊNCIA DE COMPARECIMENTO DA EMPREGADORA À CÂMARA INTERSINDICAL DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM TRABALHISTA. NORMA COLETIVA. Assentado pelo Supremo Tribunal Federal que a previsão legal de submissão da demanda à Comissão de Conciliação Prévia, contida no artigo 625-D da CLT, trata-se de mera faculdade, e não de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, com muito mais razão constata-se que a norma coletiva não poderia instituir como etapa obrigatória a submissão prévia da demanda à Câmara de Mediação Privada, sob pena de violação ao princípio da inafastabilidade de jurisdição, insculpido no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. Nesse contexto, deve ser afastada a determinação do Regional no sentido da expedição de ofício ao MPT comunicando o não comparecimento da reclamada à Câmara Intersindical de Conciliação e Arbitragem Trabalhista. Recurso de revista conhecido e provido” (RR – 79400-61.2006.5.09.0007, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 11/11/2009, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/11/2009).

56 Mesmo nos esforços de reforma do direito do trabalho brasileiro, havidos nos últimos anos, a mediação foi admitida somente sob a tutela judiciária. Confira-se trecho da Resolução nº 174/2016, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho: ““Mediação” é o meio alternativo de resolução de disputas em que as partes confiam a uma terceira pessoa — magistrado ou servidor público por este sempre supervisionado —, a função de aproximá-las, empoderá-las e orientá-las na construção de um acordo quando a lide já está instaurada, sem a criação ou proposta de opções para composição do litígio”. Não se fala em mediação privada, portanto.

57 É importante destacar, no âmbito trabalhista, que a permissão de negociação individual foi ampliada pela Lei Federal nº 13.467/2017, que incluiu, na CLT, previsão de negociação com altos empregados, tendo o acordo individual estatutura superior à da lei (artigo 444, parágrafo único), além da já citada possibilidade de convenção de arbitragem (artigo 507-A).

te controverso devido a opções de política contratual havidas no direito brasileiro.

O exemplo trabalhista é pertinente, para abrir o debate, porque se trata de uma seara em que o direito nacional usualmente insere normas de compensação de relações materialmente desniveladas, buscando um equilíbrio artificial. Exceto se houver situação de vulnerabilidade⁵⁸, contudo, o país tem aceito a aplicação de normas processuais estrangeiras ou privadas, como acontece com a arbitragem⁵⁹, e o CPC-2015 trouxe a figura do negócio jurídico processual,⁶⁰ dentro do qual as partes podem convencionar a aplicação de normas inovadoras ao procedimento. Não há, contudo, previsão específica quanto à mediação, e, no caso do negócio jurídico processual, a aplicação analógica seria dificultada pelo fato de que se trata de relação litigiosa presidida pelo Juiz, situação jurídica totalmente diversa do procedimento de mediação. O problema teórico, portanto, persiste.

A potencial qualificação da Lei de Mediação como “norma imperativa”⁶¹ não seria exatamente óbice à apli-

cação do direito estrangeiro, pois o raciocínio que se faz, em relação a ela, é diferente daquele que se tem em relação, por exemplo, à ordem pública. Não se trata de dizer que parte do direito estrangeiro se aplica, mas sim de estabelecer que parte do direito doméstico se aplica “a priori”. Mesmo em relações jurídicas sem elementos estrangeiros, realizadas unicamente com atores nacionais, verifica-se a impossibilidade de se criarem direitos e obrigações que conflitem com normas imperativas, aplicando o Juiz estas em lugar de qualquer disposição diversa decorrente da vontade das partes.^{62,63}

Para procedimentos arbitrais, a lei brasileira estabeleceu um critério simples, para determinação da nacionalidade, conforme supracitado: se a sentença for proferida no território brasileiro, será considerada nacional, não dependendo de homologação judicial, ainda que o

obrigatória. Tais leis de aplicação imediata (*lois d'application immédiate*) são imperativas, no sentido de que a sua aplicação, fixada unilateralmente, não é questão de opção: o juiz primeiro verifica se está diante de tema abarcado por norma de aplicação imediata e, somente se a resposta for negativa, procede a aplicação do método conflitual para determinar a lei aplicável ao fato plurilocalizado” (RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 301)

62 Eis, por exemplo, trecho de precedente do STJ: “[E]m que pese ser elemento oriundo de convenção entre os contratantes, a fixação da cláusula penal não pode estar indistintamente ao alvedrio destes, já que o ordenamento jurídico prevê normas imperativas e cogentes, que possuem a finalidade de resguardar a parte mais fraca do contrato, como é o caso do artigo 412 do Código Civil (‘O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.’). [...]” (REsp 1362084/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 01/08/2017)

63 Na jurisprudência trabalhista, os termos “ordem pública” e “normas imperativas” são frequentemente confundidos, usando-se o primeiro em lugar do segundo. Confira-se ilustrativo precedente do Tribunal Superior do Trabalho: “[...] HORAS EXTRAS. EMPREGADO ENQUADRADO NO ART. 58, CAPUT, DA CLT. CUMPRIMENTO DE CARGA SEMANAL DE 40 HORAS. NORMA COLETIVA ESTABELECEDENDO DIVISOR 220. INVALIDADE. 1. À luz do entendimento desta Subseção, é inválida cláusula de Acordo Coletivo de Trabalho que estabelece divisor 220 na hipótese em que o empregado sujeito a carga semanal de trabalho de 44 (quarenta e quatro) trabalha apenas 40 (quarenta) horas por semana, visto que, conforme previsto na Súmula 431/TST, ‘para os empregados a que alude o art. 58, caput, da CLT, quando sujeitos a 40 horas semanais de trabalho, aplica-se o divisor 200 (duzentos) para o cálculo do valor do salário-hora’. 2. Embora, em princípio, devam ser observados os regimentos frutos de negociação coletiva, em respeito ao art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, não se pode admitir a prevalência dos instrumentos coletivos de trabalho quando esses colidirem com normas legais de ordem pública e a sua aplicação importar prejuízo ao trabalhador. [...]” (E-ED-RR - 563-58.2010.5.09.0069, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 10/05/2018, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 25/05/2018)

58 “Caso o Estado opte por um maior alcance da liberdade das partes para a regência das obrigações, permite-se maior flexibilidade aos particulares (que podem escolher a lei mais apropriada para cada tipo de relação obrigacional), mas pode causar danos aos particulares em situação de vulnerabilidade, em acordos de vontade assimétricos” (RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 396).

59 Eis a previsão de artigos da Lei de Arbitragem: “Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. [...] § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio. [...] Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter: I – local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem; II – a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes; III – o prazo para apresentação da sentença arbitral; IV – a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes; V – a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e VI – a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros. [...]”

60 Eis o dispositivo de interesse: “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.”

61 “Inversamente ao método conflitual, que parte da relação jurídica transnacional, o domínio das normas de aplicação imediata é determinado pela sua própria natureza de lei local de aplicação

procedimento tenha sido conduzido sob normas processuais estrangeiras ou privadas; sendo proferida em localidade fora do Brasil, a sentença será considerada estrangeira, sendo a respectiva homologação regida pela Convenção de Nova Iorque de 1958.

Conforme mencionado, ainda que as partes decidam escolher lei diversa da brasileira, para regular o procedimento de mediação, a Lei Federal nº 13.140/2015 não trouxe um critério claro de nacionalidade, e a simples presença de uma parte estrangeira não é suficiente, para conferir ao acordo estraneidade tal, que afaste a aplicação, por si só, da lei nacional, devido à supracitada possibilidade de realização de mediação pela Internet.

Na ausência de um critério claro, é importante observar, de forma pragmática, que tanto o título executivo extrajudicial brasileiro quanto o estrangeiro podem sofrer controle judicial de forma similar, o que será abordado na subseção seguinte.

4.2.3. O controle judicial do acordo mediado

Este artigo não pretende sugerir a necessidade de homologação do título executivo extrajudicial constituído em país estrangeiro, inclusive porque o Supremo Tribunal Federal já decidiu que eles não se subordinam a juízo de delibação.⁶⁴ Existem, porém, instrumentos capazes de obstar a livre circulação dos acordos corporativos, e, se eles são considerados títulos executivos extrajudiciais, podem sofrer controle judicial no contexto dos embargos à execução.⁶⁵

64 Eis o precedente do STF: “RECLAMAÇÃO - TÍTULOS DE CRÉDITO CONSTITUÍDOS NO EXTERIOR - PRETENDIDA HOMOLOGAÇÃO, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, COM O OBJETIVO DE OUTORGAR-LHES EFICÁCIA EXECUTIVA — INADMISSIBILIDADE — INAPLICABILIDADE DO ART. 102, I, “H” DA CONSTITUIÇÃO — CONSEQUENTE INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL — DESCABIMENTO DA RECLAMAÇÃO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. Os títulos de crédito constituídos em país estrangeiro, para serem executados no Brasil (CPC, art. 585, § 2º), não dependem de homologação pelo Supremo Tribunal Federal. A eficácia executiva que lhes é inerente não se subordina ao juízo de delibação a que se refere o art. 102, I, ‘h’, da Constituição, que incide, unicamente, sobre ‘sentenças estrangeiras’, cuja noção conceitual não compreende, não abrange e não se estende aos títulos de crédito, ainda que sacados ou constituídos no exterior. Doutrina. Precedentes” (STF, Rel 1908 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julg. 24/10/2001).

65 Eis a redação do artigo 914 do CPC-2015: “O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá se opor à execução por meio de embargos”.

Entre as hipóteses⁶⁶ admitidas no CPC-2015, para oposição dos embargos, três óbices são mais pertinentes à presente discussão: a inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação (artigo 917, I); a incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução (artigo 917, V); qualquer matéria que seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento (artigo 917, VI).

No primeiro caso, a inexecuibilidade do título pode ser suscitada, caso não tenha sido seguida a lei aplicável ao procedimento de mediação, conforme o debate apresentado nas subseções anteriores. De fato, se “o título estrangeiro só terá eficácia executiva quando satisfeitos os requisitos de formação exigidos pela lei do lugar de sua celebração e quando o Brasil for indicado como o lugar de cumprimento da obrigação” (artigo 784, § 3º, do CPC-2015), tal matéria pode ser objeto de embargos à execução, em que o Juiz brasileiro fará controle da lei estrangeira, inclusive com base em critérios de ordem pública⁶⁷ e para evitar a fraude à lei⁶⁸. No segundo caso,

66 Eis o dispositivo pertinente do CPC-2015: “Art. 917. Nos embargos à execução, o executado poderá alegar: I – inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; II – penhora incorreta ou avaliação errônea; III – excesso de execução ou cumulação indevida de execuções; IV – retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de execução para entrega de coisa certa; V – incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução; VI – qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento. [...] § 2º Há excesso de execução quando: I – o exequente pleiteia quantia superior à do título; II – ela recaí sobre coisa diversa daquela declarada no título; III – ela se processa de modo diferente do que foi determinado no título; IV – o exequente, sem cumprir a prestação que lhe corresponde, exige o adimplemento da prestação do executado; V – o exequente não prova que a condição se realizou.”

67 “A delimitação de quais seriam os valores, princípios ou interesses essenciais do Estado não é precisa, gerando a indeterminação inicial da ordem pública. Cabe ao julgador, então, apreciar a existência ou não de ofensa à ordem pública no momento da apreciação do litígio” (RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 330).

68 “A principal manifestação da teoria da fraude à lei no Direito Internacional Privado diz respeito ao artifício que subtrai a relação jurídica à lei competente de acordo com as regras do DIP do foro, submetendo-a a uma lei estrangeira, cuidando-se de saber se os efeitos jurídicos desta outra legislação serão reconhecidos, se terão eficácia na jurisdição cuja lei era originariamente a competente. É isto que ocorreu nas naturalizações, seguidas de divórcio e de segundas núpcias dos franceses que se evadiam da lei de sua pátria e se submetiam às normas de outras legislações que admitiam a dissolução do vínculo matrimonial, quando na França ainda era vedado o divórcio. Diversa a perspectiva do outro lado da equação: quando a parte ou as partes se evadem de lei estrangeira para se colocar sob a égide da lei do foro, mais benéfica, como aconteceu, depois de admitido o divórcio na França, com os italianos, quando ainda proibidos por sua lei de se divorciarem, que se naturalizavam franceses para obter a dissolução na França, casos em que as autoridades

pode haver discussão da competência tanto no aspecto estrito da execução⁶⁹ quanto no debate mais amplo dos limites da jurisdição nacional⁷⁰. No terceiro, existe um grande risco de se frustrarem as expectativas de boa-fé presentes em uma transação, eis que, se as partes podem livremente deduzir impugnações de mérito, a renúncia a direitos, consequência básica de uma mediação, torna-se irrelevante — a propósito, como já supracitado, a mediação implica um afastamento do raciocínio de “ter direitos”, em nome de um consenso em que nenhuma das partes ganha da outra, mas ambas alcançam ganhos recíprocos. Abrir um debate de mérito, na execução de um procedimento de mediação, portanto, é temerário.

francesas não aplicavam a teoria da fraude à lei, concedendo divórcio a estes ex-italianos. Terceira hipótese ocorre quando no país A se há de examinar a eficácia de ato realizado sob a égide da lei do país B, ao qual as partes de submeteram mediante evasão da competência da lei de país C, que veda o ato praticado” (DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 509).

69 Eis o dispositivo pertinente do CPC-2015: “Art. 781. A execução fundada em título extrajudicial será processada perante o juízo competente, observando-se o seguinte: I – a execução poderá ser proposta no foro de domicílio do executado, de eleição constante do título ou, ainda, de situação dos bens a ela sujeitos; II – tendo mais de um domicílio, o executado poderá ser demandado no foro de qualquer deles; III – sendo incerto ou desconhecido o domicílio do executado, a execução poderá ser proposta no lugar onde for encontrado ou no foro de domicílio do exequente; IV – havendo mais de um devedor, com diferentes domicílios, a execução será proposta no foro de qualquer deles, à escolha do exequente; V – a execução poderá ser proposta no foro do lugar em que se praticou o ato ou em que ocorreu o fato que deu origem ao título, mesmo que nele não mais resida o executado”.

70 Eis os dispositivos pertinentes do CPC-2015: “Art. 21. Compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que: I – o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil; II – no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação; III – o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil. Parágrafo único. Para o fim do disposto no inciso I, considera-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que nele tiver agência, filial ou sucursal. Art. 22. Compete, ainda, à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações: I – de alimentos, quando: a) o credor tiver domicílio ou residência no Brasil; b) o réu mantiver vínculos no Brasil, tais como posse ou propriedade de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos; II – decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil; III – em que as partes, expressa ou tacitamente, se submeterem à jurisdição nacional. Art. 23. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra: I – conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil; II – em matéria de sucessão hereditária, proceder à confirmação de testamento particular e ao inventário e à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional; III – em divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional”.

Evidentemente, além das hipóteses previstas no CPC-2015, para embargar a execução, há vários argumentos que se poderiam suscitar, com base na LINDB,⁷¹ para impedir a eficácia do título estrangeiro no Brasil, pelo simples fato de advir do exterior. Mais uma vez, a falta de critérios, no direito brasileiro, acerca da nacionalidade da mediação impede uma conclusão da matéria, sendo oportuna a referência ao debate internacional, feita na seção seguinte.

5. O ATUAL DEBATE INTERNACIONAL

A fim de analisar as relações, com o direito internacional, do tratamento jurídico que o Brasil confere à mediação, selecionaram-se duas entidades de que o Brasil faz parte: a Conferência da Haia Sobre Direito Internacional Privado e a Comissão das Nações Unidas Sobre Direito do Comércio Internacional.

5.1. O tratamento da HCCH

A Haia tem sido anfitriã de importantes reuniões internacionais e sede de organismos relevantes, como a Corte Permanente de Arbitragem, a Corte Internacional de Justiça, a Academia de Direito Internacional e o Tribunal Penal Internacional⁷². Além disso, desde 1893 até 1928 e de 1951 em diante, a cidade holandesa tem recebido encontros cruciais para o debate de tratados e de outros instrumentos de direito internacional privado, sendo institucionalizada a Conferência da Haia Sobre Direito Internacional Privado como organização internacional por meio de um estatuto próprio, que entrou em vigor, em 1955.

Apesar da amplitude alcançada pelos debates da Conferência da Haia — incluindo temas como alimentos, adoção, casamento, divórcio e sequestro de menores — e do sucesso de algumas convenções, especialmente a da Apostila, essa organização incorreu na mesma omissão apontada na Introdução deste artigo: ora se ocupa de contratos internacionais, ora se ocupa de

71 A polissêmica redação do artigo 17 da LINDB pode sustentar diversas impugnações à recepção do título estrangeiro: “Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

72 DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 71.

adjudicação em matéria transnacional, silenciando, em qualquer caso, sobre a mediação “comercial”. De forma elogiável, há esforços no sentido de se estabelecerem autoridades centrais para mediação em questões de direito das famílias internacionais⁷³, e a Convenção Sobre a Cobrança Internacional de Alimentos Para Crianças e Outros Membros da Família, incorporada ao direito brasileiro⁷⁴, prevê o uso de conciliação e de mediação para estimular o pagamento voluntário de alimentos⁷⁵.

Apesar disso, os recentes Princípios da Haia Sobre Escolha de Lei em Contratos Comerciais Internacionais podem ajudar a esclarecer o conceito de “comercial” e subsidiar o debate sobre a internacionalidade dos acordos de vontade. No primeiro caso, os Princípios indicam sua aplicação a contratos comerciais, sendo aqueles em que cada parte age no exercício de seu comércio ou profissão, excluindo-se, explicitamente, os consumeristas e empregatícios. Essa provisão é pertinente, pois facilita a discussão sobre escolha de lei aplicável, afastando debates sobre a variedade com que jurisdições nacionais conferem certa proteção legislativa na busca de reequilibrar contratos. No segundo caso, há uma interpretação muito aberta para a internacionalidade, reconhecendo-se essa característica, se houver elementos transnacionais na relação contratual, quaisquer que sejam eles.^{76, 77}

73 HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Groupe de Travail sur la Médiation dans le Cadre du Processus de Malte. *Principes Pour La Mise En Œuvre De Structures De Médiation dans le Cadre du Processus de Malte*. Haia, 2010. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/c96c1e3d-5335-4133-ad66-6f821917326d.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2018.

74 Trata-se do Decreto Presidencial nº 9.176/2017.

75 Eis os dispositivos de interesse: “Artigo 6º – Funções específicas das Autoridades Centrais. § 1º As Autoridades Centrais prestarão auxílio com relação aos pedidos previstos no Capítulo III. Em particular, deverão: a) transmitir e receber tais pedidos; b) iniciar ou facilitar o início de procedimentos relativos a esses pedidos. § 2º Em relação a tais pedidos, tomarão todas as medidas apropriadas para: [...] d) estimular soluções amigáveis a fim de obter pagamento voluntário de alimentos, recorrendo, quando apropriado, à mediação, à conciliação ou a outros procedimentos análogos [...] Artigo 34 – Medidas de execução. § 1º Os Estados Contratantes tornarão disponíveis nos seus direitos internos medidas efetivas para executar as decisões com base nesta Convenção. § 2º Tais medidas poderão abranger: [...] i) recurso à mediação, à conciliação ou a outros meios alternativos de solução de litígios que favoreçam a execução voluntária”.

76 HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*. Haia, 2015. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135>. Acesso em: 08 jun. 2018

77 Eis os dispositivos mencionados: “1. These Principles apply to choice of law in international contracts where each party is acting in the exercise of its trade or profession. They do not apply to

5.2. O tratamento da UNCITRAL

A Comissão das Nações Unidas Sobre Direito do Comércio Internacional, criada em 1966, tem buscado a colaboração entre os países no desenvolvimento econômico, por meio de tratados e de leis-modelos, estratégias distintas que permitem aos Estados uniformizar ou harmonizar suas legislações conforme recomendações internacionais.⁷⁸ Entre as iniciativas mais destacadas da UNCITRAL, estão a Convenção das Nações Unidas Sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, a CISG, e a Lei Modelo de Arbitragem, sendo a primeira incorporada ao direito brasileiro em 2014⁷⁹, e a segunda, inspirado a legislação doméstica sobre o tema.⁸⁰

Conforme indicado na primeira seção deste artigo, a UNCITRAL elaborou, em 2002, uma Lei Modelo de Conciliação Internacional, que, deliberadamente, abrangeu, sob a mesma tutela, procedimentos de conciliação e mediação. Desde 2015, essa Comissão da ONU tem debatido uma Convenção Sobre o Cumprimento de Acordos Comerciais Internacionais Resultantes de Mediação⁸¹, cujos debates podem ajudar a encontrar uma solução ao problema escolhido para o artigo.

Iniciando na sexagésima segunda sessão da UNCITRAL, realizada em fevereiro de 2015, em Nova Iorque, os debates propostos cuidavam da executoriedade de acordos resultantes de mediação ou de conciliação comerciais internacionais, não se fazendo distinção entre elas. A agenda se ocupou do que chamava “conciliação” até a sexagésima sétima sessão, inclusive, ocorrida em outubro de 2017, em Viena. Na sexagésima oitava, promovida em fevereiro de 2018, em Nova Iorque, esclareceu-se, afinal, o propósito de estabelecer uma con-

consumer or employment contracts. 2. For the purposes of these Principles, a contract is international unless each party has its establishment in the same State and the relationship of the parties and all other relevant elements, regardless of the chosen law, are connected only with that State”.

78 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 54-55; DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 76.

79 Trata-se do Decreto Presidencial nº 8.327/2014.

80 Trata-se da Lei Federal nº 9.307/1996.

81 NAÇÕES UNIDAS. United Nations Commission on International Trade Law. A/CN.9/934: report of working group II (dispute settlement) on the work of its sixty-eighth session. Nova Iorque, 2018. Disponível em: <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?OpenAgent&DS=A/CN.9/934&Lang=E>. Acesso em: 08 jun. 2018.

venção sobre “mediação”, definindo-se⁸² corretamente esse método de solução de disputas comerciais. Na ocasião, contudo, persistiram dúvidas sobre a definição da “internacionalidade” da mediação, especialmente sobre o momento em que se deveria aferir se o acordo era internacional – no momento em que as partes decidem participar da mediação ou no momento em que concluem o acordo.⁸³ Apesar de se ter noticiado, em fins de junho de 2018, a alvissareira conclusão da proposta de texto convencional e de uma Lei Modelo de Mediação⁸⁴, a previsão do International Mediation Institute é que a assinatura ocorra em agosto de 2019, em Singapura.⁸⁵

Como é usual nos debates sobre Convenções, ainda persistem dúvidas sobre conceitos e redações no âmbito da UNCITRAL, especialmente porque, até o fechamento deste artigo, ainda não se tinha divulgado o texto do potencial tratado, tampouco a agenda da próxima sessão.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O principal entrave identificado, para a livre recepção de acordos corporativos mediados, é a inexistência de critérios claros de definição da nacionalidade e a ausência de uma tipificação legal específica, elementos que facilitariam a determinação da lei aplicável à mediação.

Conforme apresentado na Introdução, a leveza e o peso na repetição de atos podem ser transpostos para o Direito, na reflexão sobre a cooperação jurídica internacional. Se não houvesse qualquer possibilidade de reconhecimento de atos realizados no estrangeiro, o ônus causado às partes seria insustentável, prejudicando seu acesso à justiça. Por outro lado, o tema da cooperação jurídica internacional, embora tenha um esperançoso conteúdo de paz e de solidariedade, também pode ser justificado com um aspecto muito pragmático: dene-

gando justiça, os Estados podem ser responsabilizados internacionalmente.

O grande risco que se tem, no âmbito da mediação comercial internacional, consiste, de fato, na omissão do direito nacional e internacional, ao não tratar a qualificação exata do acordo e especialmente os requisitos para sua incorporação recíproca. Essa lacuna pode incentivar o uso de instrumentos processuais que, no Brasil, além de obstarem o reconhecimento dos acordos, podem desestimular o uso da mediação, especialmente se, no âmbito dos embargos à execução, for debatido o mérito da disputa que, no início, motivou a opção das partes pela mediação.

Conforme se analisou, nem mesmo no âmbito da elogiável Conferência da Haia Sobre Direito Internacional Privado, existe definição sobre a livre circulação de acordos corporativos mediados. Na UNCITRAL, por outro lado, embora seja alvissareiro o debate sobre um instrumento específico sobre o reconhecimento e execução de acordos mediados no estrangeiro, ainda persistem dúvidas acerca dos principais pontos necessários para a correta qualificação dessas transações.

Em meio à morosidade do debate convencional e considerando que a futura incorporação de um tratado sobre o assunto demandaria muito tempo, o Brasil poderia adiantar-se e promover uma reforma na Lei de Mediação. Como as atuais disposições do CPC-2015 e da LINDB poderiam ser suscitadas em procedimentos de impugnação das transações estrangeiras, maculando a boa-fé inerente à mediação, a nova regulação, valendo-se do critério de “lex specialis”, realocaria o parágrafo único do artigo 46 da Lei de Mediação e explicitaria, entre os artigos 20 e 21 da mesma lei, os critérios de nacionalidade do acordo corporativo mediado, o tratamento do direito brasileiro em matéria de execução e outros temas de direito internacional privado, evitando discussões protelatórias que maculariam a atratividade da mediação e prejudicariam a continuidade espacial da boa-fé.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Luis Jaime. Secret mediator helped guide Colombia to peace deal. *Reuters*, Cali, 22 set. 2016. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-colombia-rebels-mediator/secret-mediator-helped->

82 Cf. a nota de rodapé nº 15.

83 NAÇÕES UNIDAS. United Nations Commission on International Trade Law. A/CN.9/934: report of working group II (dispute settlement) on the work of its sixty-eighth session. Nova Iorque, 2018. p. 18. Disponível em: <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?OpenAgent&DS=A/CN.9/934&Lang=E>. Acesso em: 08 jun. 2018.

84 WHAT'S new at UNCITRAL? United Nations Legal Counsel opens 51st session of UNCITRAL. 2018. Disponível em: <https://uncitral-tumblr-com.cdn.ampproject.org/c/uncitral.tumblr.com/post/175507483806/united-nations-legal-counsel-opens-51st-session-of/amp>. Acesso em: 03 jul. 2018.

85 MASUCCI, Deborah. Singapore Mediation Convention. *International Mediation Institute*, The Hague, 27 jun. 2018.

- guide-colombia-to-peace-deal-idUSKCN11S23X?il=0. Acesso em: 08 jun. 2018.
- ALMEIDA, Tania. *Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos*. São Paulo: Dash, 2014.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. Homologabilidade de sentença arbitral estrangeira. In: BASSO, Maristela; CARVALHO, Patrícia Luciane de. *Lições de direito internacional: estudos e pareceres de Luiz Olavo Baptista*. Curitiba: Juruá, 2008.
- BECKER, L. A. *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.
- BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. New York: Oxford University Press, 2009.
- BRASIL. Conselho Nacional da Justiça do Trabalho. *Resolução CSJT nº 174, de 30 de setembro de 2016*. Brasília, 2016.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 125 de 29/11/2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 08 jun. 2018.
- BRASIL. Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014. Promulga a Convenção das Nações Unidas Sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - UNCITRAL, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980. *Diário Oficial*, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 out. 2014.
- BRASIL. Decreto nº 9.176, de 19 de outubro de 2017. Promulga a Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família e o Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos, firmados pela República Federativa do Brasil, em Haia, em 23 de novembro de 2007. *Diário Oficial*, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 out. 2017.
- BRASIL. *Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945*. Promulga a Carta das Nações Unidas da qual faz parte integrante o anexo estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da conferência de organização internacional das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 08 jun. 2018.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial*, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 09 set. 1942.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial*, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 09 ago. 1943.
- BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial*, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 set. 1996.
- BRASIL. Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000. Dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências. *Diário Oficial*, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 dez. 2000.
- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- DUNLOP Commission on the Future of Worker Management Relations: final report. Washington, 1994.
- FALECK, Diego. Mediação empresarial: introdução e aspectos práticos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 42, p. 263-278, jul.-set. 2014.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *O Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2015.
- HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Groupe de Travail sur la Médiation dans le Cadre du Processus de Malte. *Principes Pour La Mise En Œuvre De Structures De Médiation dans le Cadre du Processus de Malte*. Haia, 2010. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/c96c1e3d-5335-4133-ad66-6f821917326d.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2018.
- HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*. Haia, 2015. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135>. Acesso em: 08 jun. 2018.
- INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION. *Making Mediation Law*. Washington, 2016. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/>

- en/899611503551941578/Making-mediation-law. Acesso em: 08 jun. 2018.
- KUNDERA, Milan. *The unbearable lightness of being: a novel*. New York: Harper Perennial, 2005.
- LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan. *Comparative international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law, 2003.
- MASUCCI, Deborah. Singapore Mediation Convention. *International Mediation Institute*, The Hague, 27 jun. 2018. Disponível em: <https://www.imimediation.org/2018/06/27/singapore-mediation-convention/>. Acesso em: 27 jun. 2018.
- MATSUSHITA, Mitsuo; SCHOENBAUM, Thomas J.; MAVROIDIS, Petros C. *The world trade organization: law, practice, and policy*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- MENEZES, Wagner. *Tribunais internacionais: jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MERRILLS, J. G. *International dispute settlement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- MOSES, Margaret. *Principles and practice of international commercial arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- MIRANDA, Jorge. *Curso de direito internacional público: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- NAÇÕES UNIDAS. United Nations Commission on International Trade Law. *A/CN.9/934: report of working group II (dispute settlement) on the work of its sixty-eighth session*. Nova Iorque, 2018. Disponível em: <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?OpenAgent&DS=A/CN.9/934&Lang=E>. Acesso em: 08 jun. 2018.
- NAÇÕES UNIDAS. *A/CN.9/WG.II/WP.205*. Settlement of commercial disputes International commercial mediation: preparation of instruments on enforcement of international commercial settlement agreements resulting from mediation. Note by the Secretariat. Nova Iorque, 2017. Disponível em: <http://undocs.org/A/CN.9/WG.II/WP.205>. Acesso em: 08 jun. 2018.
- NAÇÕES UNIDAS. *UNCITRAL model law on International Commercial Conciliation with Guide to Enactment and Use*. New York, 2004. Disponível em: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953_Ebook.pdf. Acesso em: 08 jun. 2018.
- NASSER, Salem H. *Direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2012.
- REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil anotado*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. *Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de Maio de 2008 relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial*. Estrasburgo, 21 maio 2008. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008L0052&from=EN>. Acesso em: 08 jun. 2018.
- URY, William. *Como chegar ao sim com você mesmo*. Rio de Janeiro: Sextante, 2015.
- VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2017.
- WHAT'S new at UNCITRAL? United Nations Legal Counsel opens 51st session of UNCITRAL. 2018. Disponível em: [https://uncitral-tumblr.com.cdn.ampproject.org/c/uncitral.tumblr.com/post/175507483806/united-nations-legal-counsel-opens-51st-session-of/amp](https://uncitral-tumblr.com.cdn.ampproject.org/c/uncitral.tumblr.com/post/175507483806/united-nations-legal-counsel-opens-51st-session-of/). Acesso em: 03 jul. 2018.
- WORLD Bank. *Doing Business 2018: reforming to create jobs*. Washington, 2018. Disponível em: [http://www.doingbusiness.org/~media/WBG/DoingBusiness/Documents/Annual-Reports/English/DB2018-Full-Report.pdf](http://www.doingbusiness.org/~/media/WBG/DoingBusiness/Documents/Annual-Reports/English/DB2018-Full-Report.pdf). Acesso em: 08 jun. 2018.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Jurisdição internacional e as
dificuldades de execução de
sentenças internacionais no
Brasil**

**International jurisdiction and
the enforcement difficulties of
international decisions in Brazil**

Nevitton Vieira Souza

Jurisdição internacional e as dificuldades de execução de sentenças internacionais no Brasil*

International jurisdiction and the enforcement difficulties of international decisions in Brazil

Nevitton Vieira Souza **

RESUMO

O presente artigo tem por objeto de análise as dificuldades observadas na execução de sentenças internacionais no Brasil, com base na perspectiva do fenômeno da jurisdicionalização da sociedade internacional moderna. Ao ser verificado que o Brasil, atualmente, está vinculado à jurisdição internacional de seis tribunais e órgãos internacionais, o exame sobre os mecanismos domésticos de implementação das sentenças internacionais se evidencia, notadamente, em razão do seu descumprimento resultar em nova responsabilização internacional do Estado. Este trabalho objetiva aferir os mecanismos domésticos de execução de sentenças internacionais, com corte metodológico nas sentenças internacionais já existentes em face do Brasil, notadamente as oito provenientes da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Constatou-se que à inexistência de normas específicas nessa matéria no ordenamento interno é somada a limitação excessiva dos projetos de leis-ponte, propostos perante o Congresso Nacional e analisados neste trabalho. Foi empregado o método dedutivo-comparativo, com base em fontes bibliográficas e documentais indiretas.

Palavras-chave: Sentença internacional. Cumprimento de sentença internacional. Lei-ponte. Cooperação jurídica internacional.

ABSTRACT

This article analyzes the difficulties observed in the enforcement of international decisions in Brazil, from the perspective of the phenomenon of the jurisdictionalisation of modern international society. Considering that Brazil is currently bound by the international jurisdiction of six international tribunals, the examination of the domestic mechanisms for the implementation of international judgments is evidenced, especially because the failure to comply with a decision results in new international responsibility of the State. This research aims at examining the domestic mechanisms for the execution of international decisions, with emphasis on the existing international judgments in relation to Brazil, especially the eight decisions of the Inter-American Court of Human Rights. It was verified that to the

* Recebido em: 14/09/2018
Aprovado em: 15/11/2018

** Doutorando em Direito Internacional e Comparado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, USP (2018). Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo, UFES (2015). Professor do Departamento de Direito da UFES (2015-2017). Advogado e consultor jurídico. E-mail: nevitton@usp.br.

lack of specific norms in this matter in the internal order is added the excessive limitation of the projects of “bridge-law” (implementing rules), proposed in the National Congress and analyzed in this essay. The deductive-comparative method was used, based on indirect bibliographic and documentary sources.

Keywords: International decision. Enforcement of international decision. Implementing rules. International legal cooperation.

1. INTRODUÇÃO

O cenário globalizado proporcionou o adensamento das relações na sociedade internacional contemporânea, incrementando sua dinâmica com agendas e desafios resultantes da pluralidade e fluidez da relação entre o global e o local. Nesse contexto, o Direito Internacional se apresenta como instrumento hábil e apropriado para regular e solucionar os problemas que emergem da inter-relação constante entre os atores dessa revolução globalizante¹.

A observada institucionalização das relações interestatais, especialmente no período pós-Segunda Guerra Mundial, acompanhada pela criação da Organização das Nações Unidas (ONU), reforçou o primado do Direito Internacional. Reforço refletido no desenvolvimento dos mecanismos jurisdicionais de resolução de controvérsias, os quais visam promover a busca efetiva da paz em detrimento da utilização da força, em atenção à justiça internacional. A prevenção do uso da força mediante a resolução pacífica de conflitos constitui, historicamente, um dos principais objetivos do Direito Internacional².

O acesso à justiça enquanto direito humano fundamental goza de reconhecido desenvolvimento normativo, jurisprudencial e doutrinário, notadamente no tocante a sua instrumentalização no direito interno, em face do Estado, tendo este como seu garantidor principal³. No que tange ao acesso à justiça internacional,

todavia, a temática permanece sem profundas explorações, muito embora o surgimento de novos sujeitos de Direito Internacional ao lado do Estado — Organizações Internacionais e indivíduos — tenha potencializado sua necessidade.

Pode-se afirmar, entretanto, conforme Wagner Menezes⁴, que a ideia de acesso à justiça internacional está permeada pela: a) existência de um conjunto de direitos assegurados no plano internacional; b) identificação dos titulares desses direitos oriundos de normas internacionais; c) presença de mecanismos jurídicos disponíveis e acessíveis, nos quais se possa invocar proteção contra lesão aos direitos assegurados; e d) exigência de efetividade às decisões judiciais emanadas dos tribunais internacionais.

Destarte, explicita-se a necessária materialidade do direito ao acesso à justiça no plano internacional⁵, uma vez que não basta a mera previsão em abstrato de direitos, sendo essencial a identificação de seus titulares e que estes possam ter acesso desimpedido a meios jurídicos aptos à concretização e à defesa, quando da ocorrência de lesão. Para tanto, imperioso que se dê cumprimento efetivo às decisões oriundas do tribunal internacional competente.

Oportunamente, cumpre destacar que, por sentenças internacionais, objeto central deste trabalho, entende-se os pronunciamentos terminativos obtidos em processos tramitados em órgãos internacionais que exercem a jurisdição internacional, conforme estabelecido em seus respectivos tratados constitutivos. As sentenças internacionais fazem parte de um conjunto maior de atos praticados pelos chamados Tribunais ou Cortes internacionais, dos quais também fazem parte decisões interlocutórias, medidas provisionais e outros atos que visem à obtenção de provas, cientificação e notificação dos sujeitos envolvidos nos atos processuais neles desenvolvidos.

As sentenças internacionais, vale salientar, não se confundem com as sentenças estrangeiras, posto que estas são provenientes de uma jurisdição nacional considerada estrangeira desde a perspectiva de uma determinada ordem jurídica nacional. As sentenças estrangeiras,

1 MENEZES, Wagner. *Ordem global e transnormatividade*. Ijuí: Unijuí, 2005. p. 27.

2 SPAIN, Anna. Using international dispute resolution to address the compliance question in international law. *Georgetown Journal of International Law*, Washington, D.C., v. 40, n. 3, 2009. p. 818-820.

3 POLIDO, Fabrício B. P. *Direito processual internacional e o contencioso internacional privado*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 42. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

p. 9-13.

4 MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais: jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 37.

5 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *El derecho de acceso a la justicia em su amplia dimension*. Santiago: Librotecnia, 2008. p. 61-62.

para que possam produzir efeitos jurídicos em ordem jurídica distinta daquela na qual fora prolatada, via de regra, precisam se submeter a processo de reconhecimento regido por normas previamente estabelecidas no ordenamento doméstico⁶. Por outro lado, as sentenças internacionais se originam de órgãos aos quais o Estado já está previamente vinculado, comprometendo-se a obedecer e dar cumprimento aos atos deles emanados, sob pena de responsabilização internacional⁷.

Tendo como corte metodológico a execução de sentenças internacionais na ordem jurídica nacional brasileira, a presente pesquisa estabelece contato com os órgãos jurisdicionais internacionais dos quais o Brasil efetivamente faz parte atualmente, quais sejam a Corte Internacional de Justiça⁸, o Tribunal Internacional do Direito do Mar⁹, o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC¹⁰, o Tribunal Penal Internacional¹¹, a Corte Interamericana de Direitos Humanos¹² e o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul¹³.

Pontua-se, entretanto, que, dentre os seis órgãos jurisdicionais internacionais acima citados, o Brasil foi condenado, até o presente momento, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC. Tendo em vista as peculiaridades das decisões oriundas deste, as quais, via de regra, não ensejam uma execução propriamente dita no âmbito interno do Estado vitorioso da disputa, mas potencializa a realização de acordos entre os Estados nela envolvidos¹⁴, o presente trabalho delas não se ocupará em específico. Doutro turno, o Brasil já foi condenado oito vezes pela Corte Interamericana, em cujas sentenças encontram-se obrigações de distintas naturezas e que desafiam os mecanismos tradicionais domésticos

no tocante à execução das sentenças internacionais, a fim de que o Estado não recaia em nova responsabilização internacional.

Por essa razão, o presente ensaio tem por objetivo específico tecer análise sobre as dificuldades procedimentais e institucionais enfrentadas pelas sentenças internacionais na ordem interna nacional brasileira. Nesse propósito, inicialmente será abordado o fenômeno da jurisdicionalização da sociedade internacional, para, na sequência, passar ao estudo da sentença internacional nesse contexto de múltiplas jurisdições internacionais. Em seguida, as dificuldades encontradas no percurso de cumprimento de sentenças internacionais no Brasil serão evidenciadas. Ao final, serão analisadas as experiências de projetos legislativos que visam estabelecer leis-ponte no âmbito nacional. Reitera-se que foi empregado, no presente trabalho, o método dedutivo-comparativo, a partir de fontes bibliográficas e documentais indiretas.

2. JURISDIACIONALIZAÇÃO DA SOCIEDADE INTERNACIONAL

O fenômeno da jurisdicionalização da sociedade internacional, mediante o qual se observa a estruturação de tribunais internacionais, tem como escopo fundamental a realização efetiva da justiça, consagrando o império do direito no tocante à resolução pacífica das controversas internacionais¹⁵. Enquanto instrumentos para o alcance da paz mundial, com a superação do uso da força, os tribunais internacionais exercem a jurisdição que lhes é conferida pelos Estados, por meio de tratados internacionais específicos, e mediante os quais são competentes para dirimir disputas à luz das fontes normativas do direito internacional.

A jurisdicionalização internacional se desenvolveu assentada na ideia de segurança jurídica e aperfeiçoamento do Direito Internacional, num contexto de crescente positividade de normas internacionais. A institucionalização de tribunais internacionais permanentes, desde suas experiências anteriores à Segunda Guerra até a criação da Corte Internacional de Justiça, principal órgão judiciário da ONU, constitui prestígio ao primado

6 SOUZA, Nevitton V. *Sistemas de reconhecimento de sentença estrangeira no Brasil: panorama e adequação normativos*. 2015, 137 f. Dissertação (Mestrado) apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2015. p. 77-81.

7 AZAR, Aïda. *L'exécution des décisions de la Cour internationale de justice*. Bruxelas: Bruylant: l'Université de Bruxelles, 2003.

8 Promulgado pelo Decreto n. 19.841, de 22 de outubro de 1945.

9 Promulgado pelo Decreto n. 99.165, de 12 de março de 1990.

10 Promulgado pelo Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994.

11 Promulgado pelo Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002.

12 Promulgado pelo Decreto n. 4.463, de 08 de novembro de 2002.

13 Promulgado pelo Decreto n. 4.982, de 09 de fevereiro de 2004.

14 CAPUCIO, Camilla. A natureza jurídica das decisões do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC: solucionando um imbróglio. *Revista de Direito Internacional, Brasília*, v. 14, n. 1, 2017, p. 316-340.

15 MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais: jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 136-143.

do Direito¹⁶ e mitigação de métodos violentos nas relações internacionais¹⁷.

A jurisdicionalização da sociedade internacional, densificada a partir da segunda metade do século XX — com a multiplicação de jurisdições internacionais nos planos global e regional, com competência sobre matérias gerais e especializadas — tornou complexo o sistema internacional de solução pacífica de controvérsias, uma vez que cada tribunal guarda particularidades formais e inexistem normas organizacionais comuns que os compatibilize. De todo modo, o fenômeno evidencia a insuficiência das jurisdições internacionais preexistentes e a regionalização do Direito Internacional¹⁸, mas aponta, outrossim, para a especialização e o aprimoramento da tutela jurisdicional internacional.

Destarte, apesar da ausência de uniformidade conceitual, sobretudo pelas singularidades existentes, os tribunais internacionais se apresentam como órgãos permanentes e autônomos, dotados de poder jurisdicional conferido pelos Estados, a partir do qual possuem o poder-dever de decidir casos concretos mediante a aplicação do Direito Internacional, e cujas decisões tenham caráter vinculante sobre os jurisdicionados¹⁹.

O processo de jurisdicionalização da sociedade internacional observou o surgimento, em 1922, da Corte Permanente de Justiça Internacional, no âmbito da Liga das Nações. Com o fim da Segunda Grande Guerra, ao suceder a Liga das Nações, a Organização das Nações Unidas trouxe, em seu bojo, a Corte Internacional de Justiça enquanto principal órgão judicial de resolução de conflitos entre os Estados, em 1945.

Com o crescente processo de institucionalização da sociedade internacional, assim como pela multiplicação de tratados internacionais, a disciplinar distintas matérias especializadas, a jurisdicionalização da ordem internacional se adensou, mediante o surgimento de diferentes tribunais internacionais especializados, tanto

no âmbito regional como no universal.

No plano regional, a Europa assistiu o surgimento do Tribunal de Justiça (1952) e da Corte Europeia de Direitos Humanos (1959), bem como na América se institucionalizaram a Corte Interamericana de Direitos Humanos (1979), o Tribunal de Justiça da Comunidade Andina (1979), a Corte Centro-Americana de Justiça (1994), o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul (2004) e a Corte de Justiça do Caribe (2005). Na África, observa-se o Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos (2006).

No plano universal, também é possível observar o surgimento de outros órgãos jurisdicionais para a resolução de controvérsias, todavia com temáticas especializadas em comparação à Corte Internacional de Justiça. São os casos do Tribunal Internacional do Mar (1996) e do Tribunal Penal Internacional (2004). No seio da Organização Mundial do Comércio (OMC), tem-se, ainda, o Sistema de Solução de Controvérsias da OMC, em funcionamento desde 1995.

Ademais, também, no plano global, não se caracterizando como tribunais internacionais propriamente ditos, mas se configurando como grandes centros administradores de arbitragens internacionais — esta, sim, modalidade jurisdicional de resolução de controvérsias —, destacam-se a Corte Permanente de Arbitragem, estabelecida em 1899, e o Centro Internacional para a Solução de Disputas sobre Investimentos (1965), inserido no âmbito do Banco Mundial.

O quadro apresentado demonstra uma multiplicidade de foros internacionais competentes para o exercício da atividade jurisdicional em face de relações jurídicas internacionais de distintas naturezas — comercial, ambiental, protetiva dos direitos humanos etc. —, as quais envolvem distintos atores — Estados, indivíduos, investidores, multinacionais — numa sociedade internacional cada vez mais complexa.

Se, de um lado, como afirma Syméon Karagiannis²⁰, a expansão quantitativa de órgãos jurisdicionais no âmbito internacional se deu em virtude de um processo de regionalização, especialização e de insuficiência das jurisdições internacionais globais existentes, também é

16 SHAW, Malcolm. *International law*. 6. ed. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 30-31.

17 TOMUSCHAT, Christian. International law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century: general course on public international law. *Recueil des Cours*, Academie de Droit International de la Haye, v. 281, p. 9-438, 1999. p. 391-395.

18 KARAGIANNIS, Syméon. La multiplication des juridictions internationales: un système anarchique? In: LA JURIDICITIONNALISATION du droit international. Societe Française pour le Droit International, Paris: Pedone, 2003. p. 15-16.

19 MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais: jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 151-152.

20 KARAGIANNIS, Syméon. La multiplication des juridictions internationales: un système anarchique? In: LA JURIDICITIONNALISATION du droit international. Societe Française pour le Droit International, Paris: Pedone, 2003. p. 15-16.

possível afirmar que tal impulso somente foi possível mediante a consciência de que os mecanismos jurisdicionais domésticos e unilaterais são insuficientes para solucionar demandas comuns à sociedade internacional.

Ocorre que, para além da estruturação de jurisdições internacionalmente competentes para dirimir disputas internacionais, é essencial que os órgãos que exerçam a atividade jurisdicional sejam dotados de instrumentos hábeis para sua efetiva atuação. O que envolve a implementação de mecanismos de cooperação jurídica internacional²¹, horizontais e verticais, os quais possibilitem a realização de todos os atos essenciais ao exercício da jurisdição internacional e à prestação adequada e suficiente da tutela jurídica.

3. SENTENÇAS INTERNACIONAIS

Duas características se destacam nas decisões dos tribunais internacionais. A primeira é sua posição no rol das fontes do Direito Internacional, constante no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça e consagrada pela doutrina internacionalista²². À função integradora das decisões dos tribunais internacionais, agindo na determinação das normas jurídicas a serem aplicadas no caso concreto, é adicionada pelo exercício da jurisdição internacional a aptidão para resolução de litígios mediante o estabelecimento de norma individual e concreta. Esta, que constitui obrigação normativa, se ignorada, leva o sujeito à prática de novo ilícito internacional, suscetível à responsabilização²³.

A coercitividade das decisões dos tribunais internacionais, sua eficácia jurídica, é tema que desperta desacordo doutrinário, opondo aqueles que enxergam na sentença internacional um grau de vinculatividade inerente ao Princípio da Boa-fé²⁴ — em decorrência dos compromissos assumidos quando da vinculação do Estado ao tratado constitutivo do tribunal internacional,

bem como a sua jurisdição internacional —, àqueles que focalizam a estrutura horizontal de poder existente na esfera internacional, atrelando a efetividade da sentença internacional a considerações políticas conjunturais²⁵.

O estudo da efetividade da sentença internacional tem que relação com a investigação do alcance dos princípios e valores para os quais os tribunais internacionais foram criados, sua repercussão na sociedade internacional e sua contribuição para o rompimento de uma tradição bélica em direção à consagração do primado do Direito Internacional. O grau de desenvolvimento alcançado pelo Direito Internacional contemporâneo demanda estruturas institucionalizadas para o exercício da jurisdição internacional, a fim de garantir a prevalência da escola jurídica sobre a escola diplomática na resolução das controvérsias emergentes. Assim, o cumprimento das decisões emanadas pelos Tribunais Internacionais reflete a efetividade de seu funcionamento, constituindo objeto digno de aprofundamento científico²⁶.

Nesse diapasão, torna-se evidente a importância que deve ser reconhecida ao produto final da atividade jurisdicional internacional, isto é, à sentença internacional proveniente do exercício legítimo da jurisdição internacionalmente atribuída aos tribunais internacionais. A sentença internacional é, resalte-se, decorrência lógica e jurídica do exercício da jurisdição internacional e, portanto, deve vincular os Estados que se submeteram à jurisdição do órgão competente para proferi-la. Assim, no momento em que o Estado resolve se submeter à jurisdição obrigatória de um tribunal internacional, está, também, resolvendo se submeter às decisões por ele emitidas. É o que decorre da expectativa de boa-fé gerada perante a sociedade internacional, bem como do dever de cumprir as obrigações internacionalmente assumidas, conforme a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969).

Espera-se, portanto, que, diante de uma sentença internacional, os Estados envolvidos no litígio, e que tenham contra si obrigações a cumprirem, cumpram, espontaneamente, o comando decisório. Ocorre que essa recente realidade de jurisdições internacionais coe-

21 GEROMEL, Vitor. Tribunais internacionais e o Poder Judiciário brasileiro. 2014. 172 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito Internacional da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 113-114.

22 REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*: curso elementar. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 178.

23 AZAR, Aïda. *L'exécution des décisions de la Cour internationale de justice*. Bruxelas: Bruylant: l'Université de Bruxelles, 2003.

24 MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais*: jurisdição e competência. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 37; 135.

25 WENDPAP, Friedmann; KOLOTELO, Rosane. *Direito internacional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 213.

26 CHARNEY, Jonathan I. Is international law threatened by multiple international tribunals?. *Recueil des Cours*, Academie de Droit International de la Haye, v. 271, p. 101-382, 1998. p. 117.

xistindo com jurisdições nacionais impõe aos Estados reflexões sobre suas tradicionais estruturas domésticas, de modo a pavimentar caminhos para que as estruturas institucionais internas possam dialogar e cooperar com a adequada atuação das instituições internacionais.

4. CUMPRIMENTO DE SENTENÇAS INTERNACIONAIS

Conforme observa Bárbara Campos²⁷, a implementação das sentenças internacionais no Brasil envolve três questões centrais. A primeira é relativa à natureza das sentenças internacionais, debate que, ao seu ver, já se encontra superado por hora, na medida em que a aplicação imediata de seus efeitos jurídicos no âmbito doméstico é observada, notadamente em razão do cumprimento espontâneo pelo Estado brasileiro de determinações, essencialmente pecuniárias, da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A segunda questão seria relativa à posição que as sentenças internacionais ocupariam no ordenamento jurídico brasileiro. Consoante apresenta, a questão está entrelaçada com o debate, já clássico, sobre a posição normativa dos tratados internacionais na ordem interna. Contudo, cumpre salientar que os debates clássicos sobre a interação da ordem nacional e internacional, tendo como plano de fundo as teorias monista e dualista, podem ser superados pela visão mais atual apresentada pela teoria da transnormatividade²⁸.

A Teoria da Transnormatividade evidencia as interações entre as ordens domésticas e a internacional, demonstrando que estas se mostram tão fluídas no contexto social profundamente modificado pelo adensamento da globalização, que não se pode negar as influências das dinâmicas internacionais, como seus novos atores, sobre o âmbito normativo nacional. Ainda que formalmente o Estado se apresente refratário às normas internacionais, materialmente é possível identificar, desde o texto constitucional ao regulamentar, possíveis influências dos avanços normativos internacionais — seja em matéria de proteção aos direitos humanos, seja em matéria comercial, ambiental, contratual etc.

Destarte, em relação ao ordenamento jurídico brasileiro — para além da posição constitucional, suprallegal ou ordinária que as normas internacionais podem formalmente ocupar²⁹ —, as sentenças internacionais devem gozar de *status* de título executivo³⁰, na medida em que houver submissão brasileira à jurisdição internacional de determinado tribunal internacional.

Conforme já se afirmou, o mesmo ato jurídico legítimo para submeter o Brasil à jurisdição internacional também o é para submetê-lo às decisões legitimamente provenientes do respectivo tribunal internacional. O art. 13 do Código de Processo Civil de 2015 consiste, nesse sentido, em verdadeira ponte entre a ordem processual nacional e a internacional, ao estabelecer que as normas processuais internacionais, oriundas de convenções devidamente ratificadas pelo Brasil, terão prevalência sobre as internas. Desse modo, sendo as sentenças internacionais dispensadas de atos de internalização, produzem efeitos automáticos no âmbito doméstico, superando eventuais obstáculos formais.

Tal entendimento está em perfeita harmonia com os princípios constitucionais regentes da atuação brasileira no âmbito internacional (art. 4º, da CRFB/88) — especialmente no que se refere ao inciso VII, que assevera a solução pacífica dos conflitos. Ademais, os Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 7º, é enfático no sentido de que “o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”, confirmando a vocação constitucional brasileira para a plena inserção em jurisdições internacionais.

O Brasil, atualmente, reconhece e se submete à jurisdição internacional da Corte Internacional de Justiça³¹, do Tribunal Internacional do Direito do Mar³², do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC³³, do Tribunal Penal Internacional³⁴, da Corte Interamericana de Direitos Humanos³⁵ e do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul³⁶.

29 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário (RE) n. 466.343-SP*. Ministro Cezar Peluso. Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 03 de dezembro de 2008. Data de Publicação: 5 de junho de 2009.

30 RESENDE, Augusto César Leite de. A executividade das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 2, 2013.

31 Promulgado pelo Decreto n. 19.841, de 22 de outubro de 1945.

32 Promulgado pelo Decreto n. 99.165, de 12 de março de 1990.

33 Promulgado pelo Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994.

34 Promulgado pelo Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002.

35 Promulgado pelo Decreto n. 4.463, de 08 de novembro de 2002.

36 Promulgado pelo Decreto n. 4.982, de 09 de fevereiro de 2004.

27 CAMPOS, Bárbara Pincofsca Cardoso. A trajetória da implementação de sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, v. 14, n. 14, 2014.

28 MENEZES, Wagner. *Ordem global e transnormatividade*. Ijuí: Unijuí, 2005.

Assim, as decisões provenientes das jurisdições internacionais, as quais o Brasil se submete, não dependem de atos domésticos que as internalizem, como ocorre com as decisões estrangeiras. Dito de outro modo, não há de se falar em necessidade de ato de reconhecimento formal e posterior da ordem nacional em relação à sentença internacional, pois tal ato, capaz de conferir legitimidade ao órgão internacional prolatante, deu-se no momento da submissão a sua jurisdição internacional. Desse modo, a sentença internacional é plenamente apta à produção de efeitos jurídicos no âmbito doméstico.

Cumprir salientar, nessa perspectiva, que o próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ) já teve a possibilidade de se manifestar sobre a matéria³⁷. Ao analisar o pedido de homologação da Sentença Estrangeira Contestada n. 2.707, de relatoria do Min. Francisco Falcão, a Corte Especial do STJ indeferiu o pedido pois, a bem da verdade, se tratava de sentença internacional proferida pela Corte Permanente de Justiça Internacional. Após concluir que inexistia sentença estrangeira, mas sim uma decisão internacional proferida por um tribunal internacional, especificamente em contencioso envolvendo o Brasil e a França, a Corte Especial destacou que tal ato prescinde de qualquer tipo de *exequatur* ou homologação³⁸.

Ao se falar em cumprimento de sentenças internacionais, justificável a correlação mental com o sistema de execução coercitiva existente no âmbito interno, com o qual se tem habitual proximidade, na mesma medida em que é justificável a relação estabelecida entre tribunais internacionais e tribunais domésticos. Apesar de compreensível, deve-se ter atenção às especificidades de cada um dos planos³⁹. O sistema de execução estatal de sentenças domésticas é marcado pela estrutura coercitiva que o sustenta, a que se deve em grande medida sua efetividade. No âmbito da jurisdição internacional, entretanto, inexistente estrutura formal e legal desenhada para dar cumprimento coercitivo às decisões emanadas

por tribunais internacionais⁴⁰.

Por essa razão, a terceira questão central que Bárbara Campos⁴¹ apresenta em relação ao cumprimento de sentenças internacionais, ainda que tenha por objeto inicial as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, fez referência à necessidade de arranjos institucionais internos. Isto porque, em que pese não seja necessário ato de internalização da sentença internacional na ordem doméstica — como acontecem com as sentenças estrangeiras, as quais demandam um ato de reconhecimento interno —, sua aplicação imediata é dificultada pela inexistência de mecanismos específicos abstratamente delineados para tal finalidade.

Destarte, diferentemente do que ocorre com as sentenças estrangeiras — provenientes de outra jurisdição nacional e que se pretende que produza efeitos jurídicos na ordem doméstica —, que apresentam sistemas de reconhecimento próprios⁴², o cumprimento de decisões internacionais no Brasil não dispõe de nenhuma norma processual específica. Esse cenário se mostra, ainda, mais complexo quando se cogita na multiplicidade de obrigações — obrigações de dar, de fazer, de não fazer, de entregar — que as sentenças internacionais podem impor aos Estados.

O problema fica mais palpável tendo por base as condenações internacionais já existentes em relação ao Estado brasileiro, como as ocorridas no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Até o momento, foram oito condenações⁴³: i) Caso Ximenes Lopes, 2006; ii) Caso Escher e outros, 2009; iii) Caso Garibaldi, 2009; iv) Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia), 2010; v) Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, 2016; vi) Caso Favela Nova Brasília, 2017; vii) Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros, 2018; viii) Caso Herzog e outros, 2018.

40 VASCONCELOS, Raphael Carvalho. *Teoria do Estado e a unidade do direito internacional: domesticando o rinoceronte*. Belo Horizonte: Arraes, 2016. p. 138.

41 CAMPOS, Bárbara Pinowska Cardoso. A trajetória da implementação de sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, v. 14, n. 14, 2014.

42 SOUZA, Nevitton V. *Sistemas de reconhecimento de sentença estrangeira no Brasil: panorama e adequação normativos*. 2015. 137 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito Processual, Vitória, 2015.

43 Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/index.cfm?>>. Acesso em: 9 set. 2018.

37 GUERRA, Gustavo Rabay; MARCOS, Henrique J. Bezerra. O dribble continental: a margem de apreciação nacional na decisão de convencionalidade do crime de desacato pelo Superior Tribunal de Justiça. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*. Curitiba, v. 63, n. 2, maio/ago. 2018. p. 183.

38 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Sentença Estrangeira Contestada (SEC) n. 2.707*. Ministro Francisco Falcão. Corte Especial. Data de Julgamento: 3 de dezembro de 2008. Data de Publicação: 19 de fevereiro de 2009.

39 GUZMAN, Andrew T. International Tribunals: a rational choice analysis. *Berkeley Law Scholarship Repository*, University of Pennsylvania, Law Review, n. 157, p. 171-235, 2008. p. 178-179.

As sentenças internacionais condenatórias acima mencionadas contemplam obrigações de distintas naturezas, no que se destaca como uma das principais peculiaridades das jurisprudências da Corte Interamericana de Direitos Humanos, isto é, a determinação não apenas de medidas de caráter pecuniário, mas também a imputação de medidas de não repetição e de satisfação, no sentido de buscar a reparação integral da violação⁴⁴. Essa multiplicidade de natureza das prestações determinadas enseja maior complexidade ao procedimento de cumprimento.

A reparação integral, que amplia a diversidade de ações que podem ser imputadas pela Corte Interamericana aos Estados partes, fundamenta-se no art. 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), que permite a determinação não somente de medidas que assegurem aos prejudicados o gozo do seus direitos ou liberdades violados, mas também providências que visem “reparar as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada”.

Destarte, dentre as condenações apontadas, podem ser exemplificadas a seguintes obrigações imputadas ao Estado brasileiro: a) continuar a desenvolver programas de formação e capacitação dos profissionais de saúde ligados à atenção à saúde mental, tendo por base os parâmetros internacionais na matéria⁴⁵; b) investigar e julgar no plano interno, em prazo razoável, os responsáveis pelos atos violadores dos direitos das vítimas^{46 47}; c) adotar medidas necessárias para tipificar o crime de desaparecimento forçado⁴⁸; d) adotar medidas para afastar

a prescrição do crime de redução à situação análoga à de escravo⁴⁹; e) adotar medidas necessárias para que o Rio de Janeiro estabeleça metas e políticas de redução da violência policial⁵⁰; f) garantir, de forma imediata e efetiva, o direito à propriedade coletiva do Povo Indígena Xucuru sobre seu território⁵¹; g) adotar medidas para se reconhecer, sem exceção, a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, segundo os parâmetros internacionais⁵².

Em que pese a Convenção Americana estabeleça que as decisões emanadas pela Corte devem ser cumpridas pelos Estados partes (art. 68.1), bem como são sentenças definitivas e irrecorríveis (art. 67), somente se indicou o percurso processual para a execução da parte indenizatória da sentença condenatória internacional. De acordo com o art. 68.2 da Convenção, a parte pecuniária da sentença poderá ser executada pelo mesmo processo de execução de sentenças contra o Estado. O que, no Brasil, equivale ao processo para execução de sentença em face da Fazenda Pública, perante à Justiça Federal, nos termos dos artigos 109, III, e 100 da Constituição de 1988; e dos artigos 910, 534 e 535 do Código de Processo Civil de 2015.

Ao analisar as determinações da Convenção Americana, Vittorio Corasaniti observa que, entre os artigos 63 e 68, há uma “relação imperfeita”, na medida em que estabelece a reparação integral e sua ampla abrangência — para além de medidas indenizatórias —, mas somente apresenta procedimento para a execução das compensações econômicas⁵³.

Infere-se da Convenção Americana que foi deixado

44 CALDERÓN GAMBOA, Jorge F. *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2013. ROUSSET SIRI, Andrés Javier. El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Mendoza, Centro Latinoamericano de Derechos Humanos, ano 1, n. 1, 2011.

45 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentença. 4 de julho de 2006. Série C, N. 149.

46 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Escher y otros Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença. 6 jul. 2009. Série C, N. 200.

47 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Garibaldi Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença. 23 de setembro de 2009. Série C, N. 203.

48 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença. 24 de novembro de 2010. Série C, N. 219.

49 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença. 20 de outubro de 2016. Série C, N. 318.

50 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença. 16 de fevereiro de 2017. Série C, N. 333.

51 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença. 5 de fevereiro de 2018. Série C, N. 346.

52 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Herzog e outros Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença. 15 de março de 2018. Série C, N. 353.

53 CORASANITI, Vittorio. Implementación de las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un debate necesario. *Revista IIDH*, San José, v. 49, 2009.

aos Estados a incumbência de estabelecerem os mecanismos internamente adequados para proporcionar a implementação das decisões internacionais oriundas da Corte Interamericana⁵⁴. Dessa forma, em que pese o caminho indicado para a execução das condenações pecuniárias, no Brasil percorrê-lo resvalaria em ao menos dois empecilhos. O primeiro é atinente aos custos e à morosidade do processo de execução em face da Fazenda Pública, notadamente um obstáculo a mais para o alcance da reparação pretendida. O segundo tem relação com o sistema de precatórios adotado pela Constituição Federal, o qual teria a potencialidade real de neutralizar os objetivos reparatórios do sistema de proteção.

Em vista disso, Barbara Campos⁵⁵ observa que foram adotados arranjos institucionais a fim de dar cumprimento às decisões. Esses arranjos, verificados primeiramente no Caso José Pereira — o primeiro acordo de solução amistosa que envolveu o Brasil e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos⁵⁶ —, consistiu no encaminhamento pelo Executivo Federal de projeto de lei ao Congresso Nacional, em regime de urgência, a fim de determinar o pagamento à vítima. Foi preciso a criação da Lei n. 10.706, de 2003, uma vez que não havia dotação orçamentária que autorizasse o Executivo a efetuar o pagamento de forma autônoma.

No esforço de aprimorar os mecanismos de cumprimento da parte pecuniária das sentenças internacionais por condenações em matéria de direitos humanos, a partir de 2004, na Lei Anual Orçamentária passou a ser prevista dotação orçamentária específica para tal finalidade, alocada no âmbito da Secretaria de Direitos Humanos (SDH). Observa-se, portanto, um deslocamento do cumprimento decisório, nesse caso, do Poder Judiciário para o Executivo, com vistas a facilitar a satisfação das sentenças internacionais condenatórias, ao menos em sua parte pecuniária.

Inobstante o arranjo encontrado, nem mesmo a parte pecuniária da sentença internacional restou plenamente afastada de obstáculos, uma vez que dependente

de dotação em quantidade suficiente para adimplir com os comandos decisórios, bem como pelas dificuldades para habilitar sucessores de vítimas já falecidas. É o que se observa na decisão da 1ª Vara Federal de Itaboraí⁵⁷, no Rio de Janeiro, datada de 02 de setembro de 2015, na qual a Juíza Federal Isabela Ferrari dá procedência à ação movida pela União Federal, em sede de jurisdição voluntária, a fim de dar cumprimento à obrigação internacional oriunda da condenação do Brasil, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Guerilha do Araguaia (2010). Como os beneficiados eram herdeiros de Elena Gibertini Castiglia, mãe do desaparecido Líbero Giancarlo Castiglia, foi necessário reconhecimento judicial para que a União pudesse realizar as devidas indenizações aos sucessores da vítima.

Por outro lado, as obrigações extra pecuniárias das sentenças internacionais, notadamente as que se dirijam a atos a serem realizados pelo Legislativo e Judiciário — dever de investigar, processar e julgar; conclusão célere de processos judiciais; implementação de política legislativa, mediante criação ou revogação de normas; dentre outras —, continuam com impasses institucionais, na medida em que inexiste caminho normativo pavimentado em abstrato.

5. PROPOSTAS LEGISLATIVAS NACIONAIS

A ausência de mecanismos erigidos com a finalidade de proporcionar uma implementação mais célere de sentenças internacionais é notada há tempos pela doutrina⁵⁸. Também o Parlamento brasileiro já observou a tramitação de projetos de leis com essa finalidade. Tais esforços legislativos visam alcançar as chamadas “leis-ponte” ou “leis de implementação”, que são instrumentos normativos que estabelecem procedimentos em abstrato para a implementação, no âmbito doméstico, das sentenças emanadas de tribunais internacionais.

A primeira tentativa se deve ao Projeto de Lei n.

54 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Compliance with judgments and decisions: the experience of the inter-american court of human rights: a reassessment. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, v. 13, n. 13, p. 29-36, 2013.

55 CAMPOS, Bárbara Pincofsca Cardoso. A trajetória da implementação de sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, v. 14, n. 14, 2014.

56 Disponível em: <<https://cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brazil.11289.htm>>. Acesso em: 9 set. 2018.

57 BRASIL. Tribunal Federal Regional da 2ª Região. Seção Judiciária do Rio de Janeiro. 1ª Vara Federal de Itaboraí. Procedimento de Jurisdição Voluntária n. 0183301-69.2014.4.02.5107. Juíza Federal Isabela Ferrari. Data de Julgamento: 02/09/2015.

58 PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direito Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, Santa Maria – RS, v. 3, n. 1, p. 76-101, jan./jun. 2014. RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2012.

3.214/2000, de autoria do Deputado Marcos Rolim, que acabou arquivado em 2003⁵⁹. Segundo observado na ementa do projeto, este tinha como escopo dispor sobre os efeitos jurídicos das decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

De modo geral, a proposta visava reconhecer a parte indenizatória das decisões internacionais como títulos executivos judiciais, sujeitando-os à execução direta contra a Fazenda Pública. Reconhecia, ainda, a natureza alimentícia de tais créditos, dando-lhe posição privilegiada em relação aos demais créditos. Previa, também, o cabimento de ação regressiva da União contra os sujeitos responsáveis, direta ou indiretamente, pelos atos ilícitos que ensejaram a decisão de caráter indenizatório — independentemente de serem pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou público.

Também o Projeto de Lei n. 4.667/2004, de autoria do Deputado José Eduardo Cardozo, dispunha sobre o assunto, tendo sido arquivado em 2014⁶⁰. Esse projeto, que dispunha sobre os efeitos jurídicos das decisões dos Organismos Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos, tinha inicialmente conteúdo similar ao do PL 3.314/2000.

Durante a tramitação pelas comissões internas na Câmara dos Deputados, ganhou corpo e foi aprovada a versão substitutiva com redação final do Deputado Luiz Couto, cuja proposta passou a figurar ser de responsabilidade do ente federado responsável pela violação o cumprimento da obrigação de reparar as vítimas. Em todo caso, a fim de evitar o descumprimento da sentença, a União poderia proceder a reparação, permanecendo a obrigação originária do ente violador. Deixou, todavia, de prever a natureza de título executivo judicial da sentença internacional.

Após ser enviado ao Senado Federal, e nele obter parecer favorável do relator na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, o PL 4.667/2004 foi arquivado por ter chegado o fim da 54ª Legislatura, nos termos do art. 332 do Regimento Interno.

Em 2016, foi apresentado pelo Senador Randolfe

Rodrigues o Projeto de Lei do Senador n. 220/2016⁶¹, com a finalidade de dispor sobre o cumprimento de decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Dentre as propostas até aqui apresentadas, o PLS n. 220/2016 se mostra o mais robusto, bem como apresenta maiores impactos sobre a implementação das decisões internacionais em matéria de direitos humanos. Na versão substitutiva aprovada pela Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional (CRE), na forma da Emenda n. 1 – CRE (Substitutiva), o art. 1º amplia o escopo normativo, alcançando todas as decisões e sentenças proferidas por tribunais internacionais e organismos internacionais de proteção aos direitos humanos, que versem sobre responsabilização internacional baseada em tratado internacional ao qual a República Federativa do Brasil esteja vinculada.

Ademais, explicita a obrigatoriedade e a produção automática de efeitos, assim como o dever de ser observada por todos os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como pelo Ministério Público. Reforça a desnecessidade de procedimento homologatório. Afasta obstáculos como a prescrição, decadência, coisa julgada, anistia ou outros semelhantes, devendo ser as sentenças internacionais em matéria de direitos humanos cumpridas com prioridade. Prevê, ainda, a dotação orçamentária destinada, especificamente, ao cumprimento das sentenças internacionais.

Quanto à parte indenizatória das sentenças internacionais, reconhecem sua natureza de título executivo judicial, submetendo-se aos procedimentos de execução direta contra a Fazenda Pública Federal ou execução direta administrativa — para os quais estabelece peculiaridades procedimentais, como o prazo de 90 (noventa) dias para o pagamento na execução por quantia certa. Os créditos delas oriundas terão natureza alimentícia. O direito de regresso da União está assegurado pelas disposições do projeto, desde que no prazo de 60 (sessenta) dias após o pagamento da indenização aos beneficiados.

A bem da verdade, ao modificar as disposições do Código de Processo Civil relativas aos títulos executivos judiciais, inserindo nesse rol as decisões e sentenças

59 Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19288>>. Acesso em: 9 set. 2018.

60 Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/98360>>. Acesso em: 9 set. 2018.

61 Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125951>>. Acesso em: 9 set. 2018.

internacionais de direitos humanos, o legislador visa estabelecer a exigibilidade de obrigações de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entrega de coisa. Destarte, não somente as obrigações de caráter pecuniário poderão ser executadas judicialmente, mas também obrigações de outras naturezas que são frequentemente utilizadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como medidas de reparação integral.

Destaca-se, ainda, a previsão do art. 8º, no tocante às decisões e sentenças internacionais de caráter não indenizatórias, dispondo que caberá ao Ente Federado cujas competências estiverem diretamente relacionadas com o cumprimento da decisão adotar as medidas que se fizerem necessárias, sejam elas de natureza administrativa, legislativa ou jurisdicionais.

Após obter a aprovação da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional (CRE), em 25 de maio de 2017, o projeto seguiu para análise da Comissão de Assuntos Econômicos (CAE), na qual obteve finalmente, em 16 de outubro de 2018, parecer. A CAE aprovou, contudo, o parecer do relator, o Senador Pedro Chaves, contrário à aprovação do PLS n. 220/2016. Segundo o parecer emitido pela CAE, a negativa do projeto deveu-se a dois motivos principais: (i) ausência de estimativa do impacto financeiro da proposta e (ii) inoportunidade no projeto face ao momento em que “o país atravessa severa crise fiscal”⁶².

Em relação à primeira justificativa para a rejeição, oportuno destacar que a ausência de estimativa do impacto financeiro da proposta legislativa pode ser suprida mediante simples solicitação direcionada ao Executivo, com base no disposto no §1º do art. 112 da Lei n. 13.473/2017. No tocante à segunda justificativa, em que pese lastreada em famigerada especulação em relação à crise fiscal, oportuno pontuar que no dia 7 de novembro de 2018, portanto posterior à rejeição do PLS 220/2016 pela CAE, o Senado Federal aprovou o aumento de 16,3% aos salários dos ministros do Supremo Tribunal Federal, provocando, após a sanção presidencial em 26 de novembro de 2018⁶³, um aumento de R\$ 1,7 bilhão (um vírgula sete bilhão de reais) a ser arcado pela União em 2019 – conforme nota técnica da Con-

sultoria de Orçamento do Senado⁶⁴. Por consequência, resta evidenciada que, a bem da verdade, trata-se de ausência de prioridade orçamentária.

Atualmente, o PLS n. 220/2016 foi encaminhado à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado Federal, da qual aguarda parecer e decisão terminativa.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todas as tentativas legislativas até agora empreendidas no Congresso Nacional foram bem restritivas, somente versando sobre as sentenças internacionais em matéria de direitos humanos, olvidando de forma completa a submissão do Brasil a outras jurisdições internacionais, especializadas e de caráter geral. Ademais, as propostas inicialmente giravam em tono do cumprimento da parte pecuniária das ditas sentenças, estabelecendo procedimentos de execução, bem como de direito de regresso.

Apesar de o PLS n. 220/2016 versar, pontualmente, sobre as obrigações não pecuniárias decorrentes dos comandos decisórios internacionais, ao inserir textualmente as decisões internacionais em matéria de direitos humanos no rol dos títulos executivos judiciais, ainda perde a oportunidade de estruturar ações institucionais coordenadas entre os Poderes Constituídos e entre os Entes Federados, com vistas a satisfazer as obrigações internacionais.

Numa perspectiva latino-americana, verifica-se que países como a Colômbia⁶⁵, Costa Rica⁶⁶ e Peru⁶⁷ já possuem normas ou leis específicas (leis-ponte) que versam sobre a implementação doméstica de decisões internacionais. Entretanto, também os referidos países concentram o objeto de suas normas domésticas, de forma restritiva, em relação às decisões em matéria de direitos humanos.

62 Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/matéria/125951>>. Acesso em: 26 nov. 2018.

63 Materializada na Lei n. 13.752, de 26 de novembro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13752.htm>. Acesso em: 26 nov. 2018.

64 Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/matéria/126084>>. Acesso em: 26 nov. 2018.

65 BRASIL. *Lei nº 288, de 5 de julho de 1996*. Disponível em: <<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1657653>>. Acesso em: 9 set. 2018.

66 CONVÊNIO Sede entre o Governo de la República de Costa Rica e a Corte Interamericana de Derechos Humanos, concluído em 10 de setembro de 1981. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/docs/otros/convenio.pdf>>. Acesso em: 9 set. 2018.

67 BRASIL. *Lei n. 23.506, de 7 de dezembro de 1982*. Disponível em: <<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/openDocpdf.pdf?reldoc=y&docid=52cbc4d44>>. Acesso em: 9 set. 2018.

Há de se cogitar, no entanto, em ampliar o escopo de aplicação de projetos de leis-ponte, de modo a contemplar todas as sentenças internacionais dos tribunais aos quais o Estado tenha se submetido à jurisdição internacional. Não há motivos razoáveis que justifiquem a restrição empreendida.

É preciso considerar que a inexistência de instrumentos internos que auxiliem a implementação de sentenças internacionais, ao dificultar a satisfação das obrigações internacionais dela decorrentes, podem inserir o Estado em situação de nova responsabilização internacional — uma vez que o descumprimento de sentença internacional constitui nova violação.

Cabe reiterar, nesse sentir, que o Estado não pode alegar razões de direito interno para justificar o inadimplemento de obrigações internacionais — conforme disposto na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969). Destarte, as dificuldades institucionais advindas da ausência de coordenação entre os Poderes Constituídos ou entre os Entes Federados, bem como a inexistência de esforços envidados no sentido de mitigá-las ou superá-las, não se mostram juridicamente capazes de impedir a situação de nova responsabilização do Estado por descumprimento da sentença internacional.

Abrir o ordenamento jurídico nacional à completa interação com as jurisdições internacionais não trará repercussões negativas aos cidadãos e jurisdicionados brasileiros. Ao contrário, a proteção jurisdicional estendida sobre eles será maior, uma vez que gozarão da segurança do amparo de sistemas construídos para atender demandas impostas pela complexidade das relações jurídicas da sociedade moderna. O aperfeiçoamento desse plexo de jurisdições existentes, por meio de mecanismos de implementação eficientes, mostra-se essencial à adequada prestação jurisdicional e ao consequente direito ao substancial acesso à justiça no atual cenário de jurisdicalização da sociedade internacional globalizada.

REFERÊNCIAS

AZAR, Aída. *L'exécution des décisions de la Cour internationale de justice*. Bruxelas: Bruylant: l'Université de Bruxelles, 2003.

BRASIL. *Lei n. 23.506, de 7 de dezembro de 1982*. Disponível em: <<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=52cbc4d44>>. Acesso em: 9 set. 2018.

BRASIL. *Lei nº 288, de 5 de julho de 1996*. Disponível em: <<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1657653>>. Acesso em: 9 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Sentença Estrangeira Contestada (SEC) n. 2.707*. Ministro Francisco Falcão. Corte Especial. Data de Julgamento: 3 de dezembro de 2008. Data de Publicação: 19 de fevereiro de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário (RE) n. 466.343-SP*. Ministro Cezar Peluso. Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 03 de dezembro de 2008. Data de Publicação: 5 de junho de 2009.

CALDERÓN GAMBOA, Jorge F. *La reparación integral em la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2013.

CAMPOS, Bárbara Pinowska Cardoso. A trajetória da implementação de sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, v. 14, n. 14, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPUCIO, Camilla. A natureza jurídica das decisões do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC: solucionando um imbróglio. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, p. 316-340, 2017.

CAPUCIO, Camilla. *Implementação das decisões do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC e mecanismos de efetivação no direito brasileiro*. 2014. 391 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito Internacional da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

CHARNEY, Jonathan I. Is international law threatened by multiple international tribunals?. *Recueil des Cours*, Academie de Droit International de la Haye, v. 271, p. 101-382, 1998.

CONVÊNIO Sede entre o Governo de la República de Costa Rica e a Corte Interamericana de Derechos Humanos, concluído em 10 de setembro de 1981. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/docs/otros/convenio.pdf>>. Acesso em: 9 set. 2018.

CORASANITI, Vittorio. Implementación de las sen-

- tencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un debate necessário. *Revista IIDH*, San José, v. 49, 2009.
- GEROMEL, Vitor. *Tribunais internacionais e o Poder Judiciário brasileiro*. 2014. 172 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito Internacional da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- GUERRA, Gustavo Rabay; MARCOS, Henrique J. Bezerra. O drible continental: a margem de apreciação nacional na decisão de convencionalidade do crime de desacato pelo Superior Tribunal de Justiça. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*. Curitiba, v. 63, n. 2, maio/ago. 2018.
- GUZMAN, Andrew T. International Tribunals: a rational choice analysis. *Berkeley Law Scholarship Repository*, University of Pennsylvania, Law Review, n. 157, p. 171-235, 2008.
- KARAGIANNIS, Syméon. La multiplication des juridictions internationales: un système anarchique?. *LA JURIDICTIONNALISATION du droit international*. Societe Française pour le Droit International, Paris: Pedone, 2003.
- MENEZES, Wagner. *Ordem global e transnormatividade*. Ijuí: Unijuí, 2005.
- MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais: jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direito Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, Santa Maria – RS, v. 3, n. 1, p. 76-101, jan./jun. 2014.
- POLIDO, Fabrício B. P. *Direito processual internacional e o contencioso internacional privado*. Curitiba: Juruá, 2013.
- RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RESENDE, Augusto César Leite de. A executividade das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 2, 2013.
- REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ROUSSET SIRI, Andrés Javier. El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Mendoza, Centro Latinoamericano de Derechos Humanos, ano 1, n. 1, 2011.
- SHAW, Malcolm. *International law*. 6. ed. New York: Cambridge University Press, 2008.
- SOUZA, Nevitton V. *Sistemas de reconhecimento de sentença estrangeira no Brasil: panorama e adequação normativos*. 2015. 137 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2015.
- SPAIN, Anna. Using international dispute resolution to address the compliance question in international law. *Georgetown Journal of International Law*, Washington, D.C., v. 40, n. 3, 2009.
- TOMUSCHAT, Christian. International law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century: general course on public international law. *Recueil des Cours*, Academie de Droit International de la Haye, v. 281, p. 9-438, 1999.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Compliance with judgments and decisions: the experience of the inter-american court of human rights: a reassessment. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, v. 13, n. 13, p. 29-36, 2013.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *El derecho de acceso a la justicia em su amplia dimension*. Santiago: Librotecnia, 2008.
- VASCONCELOS, Raphael Carvalho. *Teoria do Estado e a unidade do direito internacional: domesticando o rinoceronte*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.
- WENDPAP, Friedmann; KOLOTELO, Rosane. *Direito internacional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

O dever de cooperação nos contratos de venda internacional de mercadorias: pressupostos teóricos e repercussões práticas da cláusula geral da boa-fé objetiva para a aplicação da CISG

The duty to cooperate on international sales agreements: theoretical and practical issues related to the general clause of good Faith on the CISG

Angelo Gamba Prata de Carvalho

O dever de cooperação nos contratos de venda internacional de mercadorias: pressupostos teóricos e repercussões práticas da cláusula geral da boa-fé objetiva para a aplicação da CISG*

The duty to cooperate on international sales agreements: theoretical and practical issues related to the general clause of good Faith on the CISG

Angelo Gamba Prata de Carvalho**

RESUMO

Objetivo do artigo: o presente trabalho tem por objetivo esclarecer e construir, dogmaticamente, a partir da CISG e dos princípios UNIDROIT, o sentido e o conteúdo do dever de cooperação nos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias.

Metodologia: a análise empreendida neste trabalho partiu de revisão da literatura relativa à CISG e ao emprego das cláusulas gerais no direito privado, bem como de análise jurisprudencial de precedentes brasileiros e estrangeiros.

Conclusões: a boa-fé a que alude a CISG, necessariamente, será a boa-fé objetiva, assim entendida como padrão normativamente esperado das partes para a promoção da lealdade de uma parte para com a outra e mesmo para com o mercado, de modo a manter a higidez do ambiente econômico em que se encontram.

Originalidade ou valor: o trabalho se destaca por atribuir à tarefa de interpretação dos contratos internacionais critério operacional consistente na aplicação da cláusula geral da boa-fé objetiva conforme desenvolvida pela doutrina do sistema romano-germânico, retirando de tal conceito aberto regras e diretrizes capazes de densificar a noção de cooperação presente na CISG e nos princípios UNIDROIT.

Palavras-chave: CISG. Direito Internacional Privado. Boa-fé objetiva.

* Recebido em: 24/09/2018
Aprovado em: 15/11/2018

** Advogado. Professor voluntário na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB). Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (PPGD/UnB). Membro do Grupo de Estudos Constituição, Empresa e Mercado (GECEM/UnB).

ABSTRACT

Objective of the article: This paper intends to clarify and dogmatically build, through the analysis of the CISG and the UNIDROIT principles, the sense and content of the duty to cooperate on international sales contracts.

Methodology: The paper has analyzed the available literature on the CISG and general clauses on private law and also explored the Brazilian and foreign case law on the subject.

Conclusions: The good faith to which the CISG refers to must be acknowledged as objective good faith, hereby understood as the normative pattern expected from the parties to promote loyalty between them or towards the market, in order to maintain a healthy economic environment.

Originality or value: This paper is relevant since it assigns to the interpretation of international contracts the operational standard of good faith, as developed by the civil law doctrine, in order to identify rules and directives which are capable to densify the notion of cooperation established on the CISG and among the UNIDROIT principles.

Keywords: CISG. International Private Law. Good faith.

1. INTRODUÇÃO

O dinamismo e a eficiência que são próprios do comércio internacional exigem que as trocas econômicas transfronteiriças se realizem em um ambiente institucional dotado de regras claras e capazes de, adequadamente, atender aos anseios dos agentes que tomam parte nessas transações. Em um ambiente amplo e diverso, no qual diversos diplomas nacionais e supranacionais tendem a incidir sobre um mesmo contrato, é imprescindível que o comportamento dos agentes esteja balizado por parâmetros gerais de conduta que privilegiem a função econômica dos contratos e a sua efetividade. É necessário, pois, que os contratos internacionais sejam regidos por disposições que verdadeiramente compreendam sua natureza e suas funções na ordem jurídica global.

Não é por outra razão que, segundo Enzo Roppo¹, o contrato não esgota sua função na constituição e regulação de relações jurídicas patrimoniais, mas com base na evolução da vida social e das trocas econômicas passa a “dar vida diretamente a uma complexa organização de homens e meios, que adquire objetividade autônoma em relação ao contrato e às relações contratuais de

que emerge, e que, por assim dizer, transcende”². Com maior razão, tais observações são aplicáveis aos negócios transfronteiriços, uma vez que enfrentam não somente os desafios da descoberta e do *enforcement* do direito aplicável, mas também têm a função de assegurar a confiança e a segurança do comércio entre agentes de diversas nações, valores imprescindíveis para a manutenção da economia globalizada.

Nesse sentido, é bastante elucidativa a lição de Irineu Strenger³, segundo o qual “do que não se tem mais dúvida, porém, é de que os contratos internacionais do comércio, cada vez mais, isolam-se das figurações doutrinárias clássicas, e válidas, segundo as tradições dos Direitos Nacionais, cuja universalização se expressa em meras identidades, mas que não servem para satisfazer as exigências peculiares do comércio internacional”. Portanto, é fundamental que os contratos internacionais sejam lidos sob ótica própria, especialmente em virtude da globalização da economia e da agilidade adquirida pelas trocas comerciais com o advento das tecnologias da informação⁴.

Passo importante para a definição do direito aplicável a importante conjunto de contratos internacionais foi dado com a edição da Convenção das Nações Unidas sobre Contrato de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG), internalizada ao ordenamento brasileiro por meio do Decreto nº 8.327/2014. A CISG, dessa maneira, traz importantes disposições referentes à interpretação e à integração dos contratos internacionais, esclarecendo os comportamentos esperados das partes contratantes em negócios internacionais. Além de contar com dispositivos próprios, a CISG conta com importante auxílio dos princípios do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT) sobre contratos comerciais internacionais,

2 Tal processo é o que Enzo Roppo denomina por “objetivação” do direito contratual. Trata-se de movimento de sensibilização do direito contratual para as necessidades concretas com as quais o sistema jurídico se depara, de modo a mitigar o alto grau de abstração das noções de direito privado. Segundo Wilhelmsson, os conceitos abstratos utilizados no direito privado afastam a discussão sobre as verdadeiras necessidades econômicas e sociais das partes, razão pela qual a dogmática jurídica merece ser reformada. WILHELMSSON, Thomas. *Critical studies in private law: a treatise on need-rational principles in modern law*. Dordrecht: Springer, 1992. p. 12-13

3 STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1998. p. 25.

4 Conferir: CASTELLS, Manuel. *A galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 57.

1 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 305.

instrumentos fundamentais para a adequada realização dessas transações.

A CISG consiste em um necessário arcabouço normativo para a regência dos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias, especialmente em virtude da diversidade dos sistemas jurídicos dos quais cada uma das partes pode ser originária. Criaram-se, assim, requisitos uniformes destinados a garantir a fluidez do comércio internacional. Considerando-se a diversidade dos negócios compreendidos no âmbito de aplicação da CISG, não seria razoável esperar que a Convenção regulasse minuciosamente todas as situações comportamentais em que os agentes econômicos poderiam se encontrar, razão pela qual contam com princípios gerais a partir dos quais podem deduzir parâmetros objetivos de regulação de seu comportamento.

Não é por outra razão que, por meio de seu artigo 7, a CISG estabelece que “na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional”. Sustenta-se, no presente trabalho, que a menção à boa-fé não significa a mera indicação de que os agentes econômicos deverão comportar-se de maneira honesta, mas sim que a CISG acolheu a cláusula geral da boa-fé objetiva, parâmetro regulador do comportamento dos sujeitos que produz uma série de deveres laterais, de observância obrigatória para que se realize o completo adimplemento dos termos acordados. Para além de enunciar a noção de boa-fé, a CISG traz, em seu texto, uma série de disposições destinadas a concretizar seus imperativos e, inclusive, ressaltando alguns dos deveres laterais de relevo para a eficiente aplicação da Convenção.

O dever de cooperação das partes em negócios de compra e venda é fundamental para que as operações econômicas a eles subjacentes sejam efetivamente realizadas, de maneira a satisfazer todos os interesses envolvidos nessas avenças. O objetivo do presente trabalho é esclarecer e construir dogmaticamente, a partir da CISG e dos princípios UNIDROIT, o sentido e o conteúdo do dever de cooperação nos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias. Para tanto, inicialmente serão exploradas as peculiaridades da contratação internacional no que diz respeito à interpretação e integração dos negócios, tendo em vista as disposições constantes dos diplomas supramencionados e o estado

da arte da doutrina sobre hermenêutica contratual. Em seguida, pretende-se tratar do papel da cláusula geral da boa-fé objetiva como elemento chave a aplicação da CISG, atuando como baliza orientadora dos comportamentos das partes. Por fim, serão apresentados os meios de concretização do dever de cooperação a partir de dispositivos de relevo da CISG, cuja leitura — como se defenderá — necessariamente deverá ser orientada pela cláusula geral da boa-fé objetiva.

2. INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DOS CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS

Dentre os primeiros dispositivos da CISG, destacam-se três enunciados dedicados à interpretação dos negócios regidos pela Convenção. Em primeiro lugar, pode-se mencionar o grande fio condutor do presente trabalho — a primeira parte do artigo 7 —, segundo o qual “na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional”. Muito embora tal disposição diga respeito mais diretamente à interpretação da Convenção em si, e não exatamente dos contratos por ela regidos, é fundamental que se reflita a respeito da construção de princípios gerais para a interpretação dos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias, sobretudo no que diz respeito à boa-fé — importante parâmetro para a interpretação e integração dos contratos, como se verá adiante — e a garantia da uniformidade da aplicação da CISG, estreitamente relacionada à remoção de barreiras ao comércio internacional.

Além do artigo 7, podem ser mencionados os enunciados do artigo 8, segundo os quais: (i) “para os fins desta Convenção, as declarações e a conduta de uma parte devem ser interpretadas segundo a intenção desta, desde que a outra parte tenha tomado conhecimento dessa intenção, ou não pudesse ignorá-la”; (ii) “não sendo caso de aplicação do parágrafo anterior, as declarações e a conduta de uma parte devem ser interpretadas segundo o sentido que lhes teria dado uma pessoa razoável, com a mesma qualificação e nas mesmas circunstâncias da outra parte”; e (iii) “para determinar a intenção de uma parte, ou o sentido que teria dado uma pessoa razoável, devem ser consideradas todas as

circunstâncias pertinentes ao caso, especialmente negociações, práticas adotadas pelas partes entre si, usos e costumes e qualquer conduta subsequente das partes”.

O presente trabalho não tem o objetivo de tratar especificamente da interpretação dos negócios internacionais, mas sim do papel da boa-fé objetiva nesses contratos. Porém, o estudo dos cânones interpretativos aplicáveis aos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias é importante para lançar luz sobre algumas das dificuldades oriundas da aplicação da CISG e dos desafios para sua uniformização. Conforme afirmou Christopher Sheaffer⁵, um dos principais fatores para as dificuldades de aplicação da CISG são a ambiguidade de sua metodologia de interpretação, que, em virtude da falta de uma estrutura de análise hierárquica, produziria uma forte resistência aos tribunais à adoção da parâmetros próprios da CISG, voltando-se para princípios jurídicos do direito doméstico.

Segundo Larry DiMatteo, as dificuldades na interpretação de contratos comerciais internacionais podem ser didaticamente divididas em dois grandes grupos: (i) a suscetibilidade do contrato a diversos significados, sendo a ambiguidade o cerne da controvérsia; e (ii) a dificuldade de o contrato endereçar alguma questão que esteja no centro da disputa, o que decorre de sua incompletude. O segundo cenário fatalmente conduzirá ao preenchimento de lacunas pelos tribunais, o que deverá ocorrer de acordo com a aplicação de determinados padrões geralmente aceitos, como cláusulas gerais, usos comerciais, dentre outros, na forma do item 3 do artigo 8 da CISG⁶. O primeiro cenário, por sua vez, representa dificuldade ainda mais profunda, relativa ao sentido atribuído pelas partes às palavras inseridas no contrato⁷.

Ainda de acordo com DiMatteo⁸, a interpretação dos contratos comerciais — em grande medida influenciada por usos comerciais e pelo caráter paritário desses ne-

gócios — é permeada por um conjunto de dicotomias a serem levadas em consideração, sobretudo no âmbito dos contratos internacionais, que congregam agentes oriundos de distintas culturas jurídicas. São estas dicotomias: (i) *formalismo-realismo*, relativa à forma pela qual as regras de Direito dos Contratos devem ser observadas nos contratos internacionais, com o formalismo indicando a observância da letra fria da lei (posição que imprime segurança e previsibilidade aos negócios, porém engessa em grande medida tais transações) e o realismo, que autoriza o intérprete a levar em conta outros fatores que possam influenciar a aplicação do direito (privilegiando a flexibilidade e o dinamismo dos negócios); (ii) *literalismo-contextualismo*, relativa ao significado das palavras dos acordos, levantando indagações sobre a utilização ou não de evidências intrínsecas que elucidem os sentidos das expressões utilizadas; (iii) *funções facilitadoras ou regulatórias do Direito Contratual*, relativas ao grau em que os tribunais deverão intervir nos contratos privados; e (iv) a utilização de regras — normas que regulam especificamente sua situação de aplicação — ou padrões (*standards*), normas amplas e gerais que regulam de maneira dinâmica e flexível as relações contratuais.

Não existe solução pronta ou mesmo solução geral para tais dicotomias, sendo papel do direito determinar o correto equilíbrio entre cada uma dessas características para cada espécie de contrato, na medida em que a solução aplicável aos contratos internacionais de compra e venda — de curto prazo, caracterizados pelos interesses contrapostos das partes — não será aplicável a contratos de longo prazo, relacionais e incompletos por sua própria natureza⁹. Daí a grande dificuldade interpretativa dos contratos comerciais internacionais, nos quais parâmetros gerais como a razoabilidade¹⁰ e a boa-fé objetiva devem ser, em grande medida, levados em consideração para que não se obtenham resultados teratológicos oriundos da interpretação meramente gramatical. Segundo Paula Forgioni¹¹, a interpretação dos negócios empresariais foi historicamente relegada a um segundo plano, em virtude da preponderância de con-

5 SHEAFFER, Christopher. The failure of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and a Proposal for a New Uniform Global Code in International Sales Law. *Cardozo journal of international and comparative law*, v. 15, p. 461-495, 2007.

6 DIMATTEO, Larry. False dichotomies in commercial contract interpretation. *Journal of international trade law and policy*, v. 11, n. 1, p. 27-43, 2012. p. 28.

7 DIMATTEO, Larry. False dichotomies in commercial contract interpretation. *Journal of international trade law and policy*, v. 11, n. 1, p. 27-43, 2012. p. 28.

8 DIMATTEO, Larry. False dichotomies in commercial contract interpretation. *Journal of international trade law and policy*, v. 11, n. 1, p. 27-43, 2012. p. 29-38.

9 DIMATTEO, Larry. False dichotomies in commercial contract interpretation. *Journal of international trade law and policy*, v. 11, n. 1, p. 27-43, 2012. p. 39.

10 Conferir: ROSSUM, Madeleine van. Interpretation of commercial contracts. *European journal of commercial contract law*, v. 2, p. 46-57, 2011.

11 FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011. p. 216.

cepção segundo a qual, a pretexto da obtenção de maior grau de segurança e previsibilidade jurídicas, a atividade interpretativa deveria ser mínima — entendimento ainda comum em países do *common law* e em nações como a Holanda¹².

A resolução de todos esses problemas interpretativos não se resume à mera literalidade do texto dos contratos, que pode refletir vários equívocos de entendimento e *quid pro quos* oriundos da diversidade linguística, cultural e jurídica, mas exige processos tanto descritivos quanto normativos de interpretação e integração dos termos contratuais¹³. O processo de interpretação dos negócios jurídicos tem por finalidade última a determinação do seu conteúdo total, o que compreende o conteúdo expresso ou declarado, isto é, o conteúdo da declaração negocial, e o conteúdo implícito ou não declarado¹⁴. Nesse sentido, afirma Messineo¹⁵ que o processo de interpretação do contrato “se trata de reconstruir el pensamiento y la voluntad de las partes, considerados en su combinación, es decir, el contenido perseguido por las partes, de igual modo que en el caso de la interpretación de la norma se trata de reconstruir el pensamiento y la voluntad de la ley (ordenamiento jurídico)”.

Quando diplomas normativos trazem em seu corpo normas de interpretação, trata-se de verdadeira metodologia da interpretação, sendo traçados cânones e princípios que o intérprete *deve* aplicar¹⁶. Por esse motivo, a interpretação jurídica não é simplesmente entender um texto jurídico, mas entendê-lo mediante a aplicação de métodos prescritos, uma vez que a interpretação contém o rigor construtivo da lei, que toma por seu próprio objeto a técnica do entender¹⁷. Em síntese, tratar de normas de interpretação significa reconhecer a intrínseca legalidade do agir hermenêutico e seu sentido se-

gundo a lei¹⁸. Não é por outra razão que a interpretação de contratos à luz da CISG é tão complexa: frente à patente insuficiência das normas de interpretação trazidas pela Convenção, a solução mais clara para as numerosas jurisdições signatárias do diploma é a de aplicar seus próprios conceitos jurídicos, o que conduz a grande barafunda que em nada se coaduna com o objetivo de uniformidade que prega o artigo 7.

A superação das dificuldades acima mencionadas por meio da interpretação, assim, pode ser dividida em duas fases: (i) a fase meramente recognitiva, que objetivava detectar a deficiência do conteúdo expresso ou declarado do negócio jurídico, com vistas a reconhecer o que foi efetivamente declarado¹⁹; e (ii) a fase complementar,

18 Vale transcrever a íntegra da lição de Natalino Irti: “Le norme del codice civile predispongono una metodologia dell’interpretazione, cioè dettano canoni e principi, che l’interprete ha il dovere di applicare. Il profilo metodologico va posto in netto rilievo. L’interpretare giuridico non è un qualsiasi intendere, ma l’intendere praticato e conseguito attraverso i metodi prescritti. E, dunque, la teoria dell’interpretazione giuridica si risolve in una teoria dei canoni stabiliti dal legislatore. In una <<canonica>>, appunto. Pensare giuridicamente l’interpretazione è pensarla attraverso la metodologia normativa, la quale non si adegua ad alcun modello esterno, ma sceglie, secondo tempi e luoghi, propri canoni direttivi. I criteri, dettati in uno o più ordinamenti, possono ben utilizzarsi a sostegno od a prova di una filosofia dell’interpretazione; ma deve invece escludersi che una od altra filosofia siano in grado, come tali, di dirigere l’ermeneutica giuridica. La metodologia legale ha il rigore costrittivo della legge, la quale prende per proprio oggetto le tecniche dell’intendere. Parlare di norme sull’interpretazione significa, per ciò solo, riconoscere l’intrinseca legalità dell’agire ermeneutico, il suo dover essere secondo la legge”. IRTI, Natalino. *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*. In: _____. *L’interpretazione del contratto nella dottrina italiana*. Pádua: CEDAM, 2000. p. 610. Tradução livre: As normas do código civil predisõem uma metodologia da interpretação, isto é, cânones e princípios que o intérprete deve aplicar. O perfil metodológico é posto em claro relevo. O interpretar jurídico não é tão somente o entender, mas o entender praticado e obtido mediante métodos prescritos. E, assim, a teoria da interpretação jurídica diz respeito a uma teoria dos cânones estabelecidos pelo legislador. Em uma “canônica”, portanto. Pensar juridicamente a interpretação é pensá-la através da metodologia normativa, a qual não se adequa a qualquer modelo externo, mas segue, segundo tempos e lugares, cânones diretivos próprios. Os critérios, ditados por um ou vários ordenamentos, podem utilizar como fundamento ou prova uma filosofia da interpretação; mas é preciso afastar o entendimento de que uma ou outra filosofia têm o condão de dirigir a hermenêutica jurídica. A metodologia legal tem o rigor construtivo da lei, a qual toma por próprio objeto as técnicas do entender. Falar em normas sobre a interpretação significa, por si só, reconhecer a intrínseca legalidade do agir hermenêutico, seu dever ser segundo a lei.

19 “Qualquer que seja o negócio jurídico, pode-se dizer que a reconstrução do conteúdo da declaração negocial ou das declarações negociais constitutivas do negócio segue caminho ‘subjetivo’. Explica-se. Na fase interpretativa meramente recognitiva, o intérprete deve averiguar o sentido efetivamente atribuído à declaração pela

12 ROSSUM, Madeleine van. Interpretation of commercial contracts. *European journal of commercial contract law*, v. 2, p. 46-57, 2011.

13 DIMATTEO, Larry. False dichotomies in commercial contract interpretation. *Journal of international trade law and policy*, v. 11, n. 1, p. 27-43, 2012. p. 28.

14 MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 159.

15 MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1986. v. II, p. 89.

16 IRTI, Natalino. Principi e problemi di interpretazione contrattuale. In: _____. *L’interpretazione del contratto nella dottrina italiana*. Pádua: CEDAM, 2000. p. 610.

17 IRTI, Natalino. Principi e problemi di interpretazione contrattuale. In: _____. *L’interpretazione del contratto nella dottrina italiana*. Pádua: CEDAM, 2000. p. 610.

destinada a tentar sanar a deficiência apontada²⁰. Processo distinto e posterior à interpretação, porém, a ela aliado na compreensão dos negócios jurídicos e de sua efetivação, é o da integração²¹, assim entendido como o recurso a normas supletivas — como os usos comerciais, as cláusulas gerais, dentre outros — para imputar, diretamente, efeitos ao negócio jurídico²².

Caminho de grande interesse para o endereçamento dos problemas interpretativos oriundos dos contratos internacionais — que, inclusive, é consentâneo com os princípios gerais insculpidos na CISG —, portanto, é a utilização da cláusula geral da boa-fé objetiva como padrão de comportamento apto a orientar a compreensão das cláusulas contratuais. Em síntese, o acolhimento da boa-fé objetiva significa “averiguar o sentido que essa pessoa abstrata atribuiria à declaração negocial, nas mesmas circunstâncias em que se encontravam declarante e declaratório verdadeiros”²³, noção perfeitamente observável na leitura do artigo 8 da CISG. Além disso, a boa-fé a que se refere a CISG deve também ser lida sob o ponto de vista do mercado globalizado e fortemente integrado que se verifica no comércio internacional, de sorte que a interpretação do negócio comercial “não pode desconsiderar os pressupostos de funcionamento

parte ou pelas partes do negócio jurídico. A ênfase, portanto, está na compreensão dos sujeitos do negócio jurídico” MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 163-164.

20 “Sempre que o intérprete termina a fase meramente cognitiva do processo interpretativo, isto é, extrai, com base em todo o material interpretativo, isto é, extrai, com base em todo o material interpretativo disponível, o sentido atribuído pela parte ou pelas partes do negócio jurídico à declaração ou às declarações negociais constitutivas do negócio, e conclui que estas possuem deficiências a serem sanadas (ambiguidades, obscuridades ou lacunas), deve prosseguir com a interpretação, dando início ao que se denominou fase complementar”. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 175.

21 Conforme indica Messineo a integração é conceito distinto da “interpretação integradora” ou complementar: “De la interpretación integradora se diferencia, en cambio (y todavía más difiere de la interpretación pura y simple), la integración verdadera y propia del contrato, que se ejercita no tanto sobre el contenido de éste como sobre sus efectos; se trata, en este último caso, de colmar lagunas del contrato, y no de establecer hasta qué punto pueda llegar, por su íntima virtud, la intención común de las partes; por tanto, mediante la integración se hacen surgir del contrato efectos que éste no podría producir por la mera interpretación (ni aun por la integradora)”. MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1986. v. II, p. 122

22 MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 223-224.

23 MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 185.

do sistema [...], especialmente aqueles referentes à boa-fé, aos usos e costumes, custos de transação, necessidade de segurança e previsibilidade para o tráfico, tutela do crédito e, especialmente, que a função econômica do negócio deve pautar sua interpretação”²⁴.

No que diz respeito à integração, isto é, à regência supletiva do contrato por fatores normativos externos, a boa-fé objetiva desempenha a importante função de criação de deveres laterais destinados a tutelar de maneira efetiva os interesses das partes. Ao longo deste trabalho, pretende-se estudar o dever de cooperação decorrente da boa-fé objetiva e especificar seu sentido e aplicações práticas, sempre explicitando que tal dever tem a função precípua de assegurar a efetiva obtenção do programa contratual. Por esse motivo, o dever de cooperação está fortemente relacionado ao Princípio da Conservação do Negócio Jurídico, uma vez que estrutura um complexo de incentivos às partes para que interajam para superar dificuldades advindas da execução do contrato em lugar de passar diretamente à sua resolução.

Não se pode deixar de notar que tal processo está também vinculado à hermenêutica negocial, na medida em que esta orienta que, na dúvida sobre o entendimento de determinada cláusula ou negócio jurídico, deve-se lhe atribuir sempre o sentido pelo qual são eficazes, e não ineficazes²⁵. Certo é, porém, que a conservação hermenêutica do negócio jurídico é de caráter subsidiário, uma vez que o primeiro passo para a interpretação de negócios jurídicos deve ser a atribuição de sentido adequado do ponto de vista das regras estipuladas no instrumento contratual e no sistema jurídico em questão, mesmo para assegurar a eficácia do próprio sistema²⁶.

Não se pode, por esse motivo, interpretar tratados destinados a regular operações comerciais internacionais de maneira diversa da que mais eficientemente promova o comércio. Tendo em vista o dinamismo que é natural a essas transações, a CISG, necessariamente, deve ser interpretada de maneira relacional e dinâmica, com vistas a proteger a relação contratual e as expectativas nela contidas, seja com vistas a garantir a consecução dos interesses das partes, seja para assegurar a es-

24 FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011. p. 218.

25 MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 327.

26 MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 327.

tabilidade dos incentivos à contratação internacional²⁷. É preciso, igualmente, que se desenvolvam parâmetros interpretativos que sejam próprios às transações reguladas pela CISG, de modo a dar conta das peculiaridades do comércio internacional e, mais especificamente, dos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias. Tanto para a interpretação quanto para a integração, a boa-fé parece o parâmetro normativo mais consentâneo para o atingimento desses objetivos, sendo o dever de cooperação seu importante sucedâneo nessa tarefa. Por esse motivo, as seções seguintes procurarão tratar da boa-fé objetiva a partir da CISG, bem como do dever de cooperação daí dedutível.

3. O PAPEL DA CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA COMO PARÂMETRO DE APLICAÇÃO DA CISG

A interpretação contratual e a aplicação da Convenção de Viena exigem, necessariamente, parâmetros capazes de orientar os agentes econômicos da ordem internacional de maneira a elucidar, com razoável grau de segurança, as formas pelas quais devem se comportar enquanto partes contratantes. A realidade dos fatos e as circunstâncias altamente mutáveis do comércio internacional impedem que as ações dos *players* sejam regidas tão somente pelas cláusulas contratuais e mesmo pelas disposições específicas que constam de diplomas internacionais como a CISG. Por esse motivo, a própria Convenção reconhece, em seu artigo 7, a necessidade de respeito à cláusula geral da boa-fé objetiva, bem como autores de renome como Albert Kritzer²⁸ consideram ser a boa-fé um dos princípios gerais da CISG.

Considerando-se que o comércio internacional conta com o árduo desafio de sintetizar conceitos jurídicos locais, de maneira a compor um mínimo denominador comum a todos os sistemas, é essencial que conte com um conceito peculiar de boa-fé objetiva, que dê conta da demanda por parâmetros interpretativos e interpretativos dos contratos, bem como da busca por balizas

comportamentais para as condutas das partes²⁹. Dessa maneira, por meio do Direito Comparado e de aportes práticos, pode-se cogitar da elaboração de uma cláusula geral da boa-fé objetiva no comércio internacional, alcançando os mais diversos momentos da vida do contrato e, ainda, os terceiros não envolvidos diretamente na relação negocial³⁰, sejam eles agentes privados ou entes públicos.

Segundo Judith Martins Costa³¹, as cláusulas gerais têm a função de permitir a abertura e a mobilidade do sistema jurídico, mobilidade esta que deve ser tanto compreendida em sua perspectiva externa — no sentido de que “abre” o sistema jurídico para a inserção de elementos extrajurídicos³², permitindo a “adequação valorativa”³³ dos negócios — como em sua perspectiva

29 BAPTISTA, Luiz Olavo. A boa-fé nos contratos internacionais. *Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem*, v. 6, n. 20, p. 24-46, abr./jun. 2003. p. 26.

30 BAPTISTA, Luiz Olavo. A boa-fé nos contratos internacionais. *Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem*, v. 6, n. 20, p. 24-46, abr./jun. 2003. p. 26.

31 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paul: Revista dos tribunais, 2000. p. 341.

32 A respeito dos valores que permeiam as relações contratuais, vale mencionar trecho da clássica obra de Ripert sobre a regra moral nas obrigações civis: “La règle morale peut être étudiée tout d’abord dans sa fonction normative quand elle vient empêcher l’abus de la forme juridique que des interesses ont utilisée pour des fins que la morale réprouve. Contre le principe de l’autonomie de la volonté elle élève la nécessité pour les parties de respecter la loi morale, la protection nécessaire due au contractant qui se trouve en état d’infériorité et qui est exploité par l’autre partie; elle enseigne que la justice doit régner dans le contrat et que l’inégalité des prestations peut être révélatrice de l’exploitation des faibles; elle jette le doute sur des accords qui sont l’expression d’une volonté trop puissante courbant une volonté affaiblie”. RIPERT, Gerges. *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1925. p. 6. Tradução livre: A regra moral pode ser estudada segundo sua função normativa quando esta vem impedir o abuso da forma jurídica utilizada para fins moralmente reprováveis. Contra o princípio da autonomia da vontade, ela ressalta a necessidade de as partes respeitarem a lei moral, a proteção necessária devida ao contratante que se encontra em estado de inferioridade e que é explorado pela outra parte; ela determina que a justiça deve reinar no contrato e que a desigualdade de prestações pode revelar a exploração dos fracos; ela põe em dúvida os acordos que exprimem uma vontade poderosa que sufoca uma vontade enfraquecida.

33 Nesse sentido, Pietro Pierlingieri esclarece a diferença entre princípio e cláusula geral no que diz respeito à atribuição valorativa dos comportamentos realizada em sua aplicação: “La norma è strumento di valutazione del comportamento: nel principio il parametro di valutazione è certo (è il valore che il principio comanda di attuare quanto più è possibile) ma è incerto il livello di soddisfazione in concreto del valore; nella clausola generale è incerto il parametro di valutazione poichè la disposizione che contiene una clausola generale ha un significato vago. Occorre un ulteriore procedimento per

27 Conferir: WESSEL, Jared. Relational contract theory and treaty interpretation: end-game treaties v. dynamic obligations. *NYU annual survey of American law*, v. 60, p. 149-186, 2004.

28 KRITZER, Albert. *Guide to practical applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Boston: Kluwer, 1989. p. 112.

interna — uma vez que promove o retorno dialético a outras disposições interiores ao sistema. Na verdade, a boa-fé objetiva adquire tal grau de operatividade que não se limita a impor novos parâmetros de conduta aos contratantes, mas também serve de fundamento normativo a diversos institutos que, paulatinamente, oxigenam o sistema jurídico³⁴.

Justamente em virtude do alto grau de abertura e indeterminação — ou mesmo de vagueza — da cláusula geral da boa-fé objetiva, é necessário que se lhe confira complementação material adequada às circunstâncias das relações jurídicas que se pretende regular a partir dela³⁵. Especialmente em áreas nas quais os sujeitos esperam nível elevado de previsibilidade e segurança nas transações — como é o caso no comércio internacional —, é de suma importância que se afastem preceitos excessivamente discricionários, de sorte que a normatividade dessa cláusula geral depende, essencialmente, da posituação de um padrão de comportamento tipicamente esperado das partes³⁶.

Pode-se, em síntese, afirmar que a boa-fé objetiva opera também como “norma de validade”, isto é, como parâmetro capaz de orientar um juízo de compatibilidade entre a normatização privada realizada no contrato e

o sistema jurídico a que esta procura estar integrada³⁷. A boa-fé objetiva é parâmetro normativo de tal maneira cogente que a observância de seus ditames diz respeito não somente à manutenção da lealdade e da justiça entre as partes contratantes, mas também tem a dizer quanto à subsistência dos próprios termos do contrato, já que é ela importante meio de comunicação entre contrato, sistema jurídico e mercado³⁸. Dessa maneira, regula-se muito mais do que o ato; regula-se a atividade, conforme estabelece Joaquim de Sousa Ribeiro³⁹: “para além da relação jurídico-contratual, propriamente dita, é objeto de normação um conjunto diversificado de práticas mercantis, a montante e a jusante dela, tendo como referente unitário a instituição ‘mercado’ e como objetivo a sua ordenação em moldes jurídico-sociais e económicos adequados”⁴⁰.

No caso específico do direito comercial internacional, a noção de boa-fé constitui uma das bases fundamentais da *lex mercatoria*, lançando sua influência sobre diversos institutos jurídicos com vistas a moralizar as transações — não no sentido ético, mas no sentido do fornecimento de um padrão geral de conduta aplicável à resolução das dificuldades que possam advir da relação entre as partes⁴¹. Ainda que seja possível vincular a boa-fé aos ditames da *lex mercatoria*, é preciso esclarecer quais regras dessa difusa zona normativa aplicável aos agentes comerciais serão relevantes para a aplicação e interpretação da CISG, uma vez que a utilização de conceitos vagos como “boa-fé” e “*lex mercatoria*” não podem servir de pretexto para a subversão da realidade

attribuire alla clausola un significato chiaro e, in conseguenza, per individuare e applicare la norma”. PIERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Nápoles: ESI, 2003. p. 17-18). Tradução livre: A norma é instrumento de valoração do comportamento: no princípio, o parâmetro valorativo é certo (é o valor que o princípio determina que se aplique no que for possível), mas é incerto o nível de satisfação concreta do valor; na cláusula geral, é incerto o parâmetro de valoração, pois a disposição que contém uma cláusula geral tem sentido vago. Ocorre um procedimento ulterior de atribuição de um significado claro à cláusula geral, e, conseqüentemente, de individualização e aplicação da norma.

34 SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 28.

35 MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina: 2013. p. 1189-1190.

36 MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina: 2013. p. 1194-1196. Vale transcrever trecho das lições do autor: “O trabalhar da boa fé com recurso aos instrumentos mais maleáveis que a Ciência Jurídica tem criado permite, de facto uma clarificação dogmática. Afastando desenvolvimentos linguísticos, ela desfaz conclusões bloqueadoras de análises mais profundas. Obteve-se, desse modo, uma ideia da boa fé como conceito indeterminado, sobretudo por vaguidade, normativo, perceptivo e com margem de discricionariedade variável, surgindo, por vezes, como cláusula geral, revestindo, no reagrupamento das decisões a que dê lugar, feições típicas e comportando, na argumentação que concite, o recurso a padrões que, quando recebidos, se assumem como padrões jurídicos”. MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina: 2013. p. 1195-1196.

37 RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Direito dos contratos: estudos*. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 213-217.

38 RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Direito dos contratos: estudos*. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 219.

39 RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Direito dos contratos: estudos*. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 221.

40 Conferir, a respeito do necessário diálogo da legislação de Direito Contratual com a ordem pública e o mercado: MARZIO, Fabrizio. *Contratto illecito e disciplina del mercato*. Nápoles: Jovene Editore Napoli, 2011. p. 166-168.

41 MACKAAY, Ejan, et al. *L'économie de la bonne foi contractuelle*. In: MOORE, Benoît. *Mélanges Jean Pineau*. Montréal: Les Éditions Thémis, 2004. Nesse sentido: “A boa-fé no direito comercial não acompanha padrões que a apontariam como reflexo de altruísmo exacerbado ou de algo semelhante. Ao contrário, indica a retidão de comportamento no mercado, conforme os modelos ali esperados (inclusive o respeito às normas, próprio do homem ativo e probo). Ao se atrelar a um standard de comportamento empiricamente observável, a boa-fé comercial abandona rasgos de subjetivismo para aflorar como linha determinável e determinada de conduta”. FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011. p. 101.

econômica e social que se busca regular⁴².

A inserção da ideia geral de boa-fé objetiva na interpretação e na aplicação da CISG requer, portanto, o esclarecimento dos objetivos almejados pelos utentes de suas normas, uma vez que a utilização dessa cláusula geral exige orientação às peculiaridades, oportunidades, riscos e perigos de um regime de produção específico que resultaria em normas divergentes a depender do sistema jurídico em que se realize⁴³. Vale notar que os deveres que se pretende tornar cogentes com o acolhimento da boa-fé não advêm de ideias radicais, tampouco revolucionárias, mas, antes de tudo, têm o condão de promover a lealdade ao programa contratual pactuado, com o devido respeito e consideração à parte ocupante do polo oposto da relação obrigacional e à autoridade e uniformidade das normas regentes do comércio internacional⁴⁴.

Dessa maneira, conforme alertou Schlechtriem⁴⁵, deve-se afastar o uso indevido de conceitos domésticos de boa-fé objetiva para a interpretação da CISG, partindo-se do pressuposto de que a boa-fé deverá ser desenvolvida de acordo com princípios internacionalmente reconhecidos de conduta honrosa, procurando seguir as orientações dos tribunais dos Estados envolvidos nas transações. Nesse sentido, não parece razoável interpretação do artigo 7 que não se lhe interprete de maneira sistemática, unindo a promoção da uniformidade da aplicação da CISG ao respeito à boa-fé no comércio internacional. Ambas as diretrizes, vale notar, têm um objetivo em comum: a remoção de barreiras ao comércio estabelecidas pelo caráter heterogêneo das normas domésticas sobre compra e venda de mercadorias, motivo pelo qual a boa-fé pode ser aplicada não somente para a interpretação dos contratos, como se viu acima, mas também para orientar o comportamento das partes na formação e na execução dos contratos⁴⁶.

42 Conferir: TEUBNER, Gunther. Breaking frames: economic globalization and the emergence of *lex mercatoria*. *European journal of social theory*, v. 5, n. 2, p. 199-217, 2002.

43 TEUBNER, Gunther. Legal irritants: good faith in British law or how unifying law ends up in new divergences. *The modern law review*, v. 61, n. 1, p. 11-32, 1998. p. 31.

44 Conferir: PATERSON, Jeannie Marie. Good Faith duties in contract performance. *Oxford university commonwealth law journal*, v. 14, n. 2, p. 283-309, 2014.

45 SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the UN Convention on the international sale of goods (CISG)*. Gloucestershire: Clarendon Press, 1998. p. 63.

46 Conferir, para revisão de literatura sobre os potenciais usos da boa-fé no campo de aplicação da CISG: POWERS, Paul J. Defining

Certo é que a boa-fé objetiva, como cláusula geral que é, sempre deverá ser lida contextualmente para que se identifiquem as necessidades práticas de sua concretização, respeitando-se tanto as peculiaridades da categoria e do tipo de contrato, quanto seus níveis e funções, conforme assinala Antônio Junqueira de Azevedo⁴⁷. É por esse motivo que a doutrina confere especial importância ao dever de cooperação nos contratos de longa duração, que ensejam aplicação mais intensa da boa-fé, no intuito acompanhar o desenvolvimento da relação contratual e, assim, promover o adequado equilíbrio entre as prestações, densificar o conteúdo desses contratos — que se caracterizam também por sua incompletude — e permitir a identificação do comportamento adequado a ser exigido das partes a cada nova situação⁴⁸.

Cabe notar, nesse sentido, que a vagueza e amplitude que são próprias da boa-fé objetiva não necessariamente significam que os deveres dela decorrentes indevidamente invadirão a esfera de autonomia das partes para excessivamente funcionalizar as relações contratuais. Ao contrário, a boa-fé objetiva é, também, importante freio contra ações indevidas das partes, proibindo condutas que contrariem o mandamento de lealdade e correção do comportamento dos sujeitos envolvidos na relação obrigacional⁴⁹. Dessa forma, a boa-fé objetiva serve, também, para delimitar a extensão dos direitos das partes, proibindo o abuso de posições jurídicas e comportamentos contraditórios⁵⁰, de sorte a assegurar aos agentes a plena realização das legítimas expectativas derivadas do contrato⁵¹. Assim, como se verá mais adiante, a boa-fé objetiva tem o condão de possibilitar, mediante a criação de uma estrutura de incentivos para

the undefinable: good Faith and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Journal of law and commerce*, v. 18, p. 333-353, 1999.

47 AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 127.

48 Conferir: AGUIAR JR., Ruy Rosado. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista trimestral de direito civil*, v. 12, n. 45, p. 91-110, jan./mar. 2011; SCHUNCK, Giuliana Bonanno. *Contratos de longo prazo e dever de cooperação*. São Paulo: Almedina, 2006; NANNI, Giovanni Ettore. O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade. In: _____. *Temas relevantes do direito civil contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2008.

49 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000. p. 457.

50 Conferir: SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório: tutela de confiança e venire contra factum proprium*. São Paulo: Atlas, 2016.

51 AGUIAR JR., Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do dever*: resolução. Rio de Janeiro: AIDE, 2003. p. 253.

a cooperação das partes, a efetiva consecução do programa contratual.

Uma vez definido o fio condutor da aplicação da cláusula geral da boa-fé objetiva no âmbito dos contratos regidos pela CISG — isto é, a uniformização do direito para a remoção de barreiras jurídicas ao comércio internacional —, pode-se, com maior tranquilidade, falar na importante função de criação de deveres anexos. Premissa fundamental para o desenvolvimento deste trabalho é a de que, ao lado dos deveres primários de prestação — que, nos contratos de compra e venda, serão referidos à entrega da coisa e à respectiva contraprestação —, existem diversos deveres secundários, sejam eles diretamente vinculados à prestação principal — como o dever de transportar e embalar a coisa vendida —, sejam eles prestações autônomas, deveres sucedâneos da prestação principal que desempenham importantes funções para o atingimento do adimplemento, como a obtenção das devidas permissões ou licenças para o ingresso de determinado bem em determinada jurisdição⁵².

Exemplificativamente, de acordo com a valorosa lição de Judith Martins-Costa⁵³, podem ser mencionados: (i) os deveres de cuidado, previdência e segurança; (ii) os deveres de aviso e esclarecimento; (iii) os deveres de informação; (iv) o dever de prestar contas; (v) os deveres de colaboração e cooperação; (vi) os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte; (vii) os deveres de omissão e de segredo; dentre muitos outros. Todos esses deveres têm em comum o caráter de contribuição ao “exato processamento da relação obrigacional, isto é, à satisfação dos interesses globais envolvidos, em atenção a uma identidade finalística, constituindo o complexo conteúdo da relação que se unifica funcionalmente”⁵⁴.

Conforme aduz Manuel Carneiro da Frada⁵⁵, o teor dos deveres acessórios — na ausência de lei que os

defina — somente pode ser esclarecido mediante um esforço de “concretização/ponderação que reclama processos argumentativos complexos e estruturas de fundamentação ‘situacionadas’”. Tal esforço representa iniciativa fundamental para a garantia do correto transcorrer da relação obrigacional, considerando que os deveres de comportamento decorrentes da cláusula geral da boa-fé objetiva se encontram permanentemente a serviço da relação contratual, desempenhando função instrumental ao adimplemento total das obrigações em questão⁵⁶.

Assim, mesmo em contratos de intercâmbio e que enfeixam, regra geral, relações de trato instantâneo — como é o caso da compra e venda — a boa-fé objetiva opera para delimitar o exercício de posições jurídicas mas, também, para produzir deveres destinados a garantir o efetivo atendimento dos interesses das partes. No caso das operações internacionais de compra e venda de mercadorias, a complexidade das relações exige não somente um tempo mais alargado de contratação, mas uma grande sofisticação nos procedimentos técnicos e burocráticos com os quais devem arcar as partes, situação na qual compreensões solipsistas do papel das partes na relação obrigacional não contribuirão para o sucesso da contratação. É necessário, portanto, que os polos da relação contratual estejam integrados entre si e também integrados ao contexto da operação, o que somente pode ocorrer com a presença enfática da cooperação entre as partes.

A cooperação não é, por conseguinte, exclusividade dos contratos de longo prazo, igualmente se apresentando — ainda que com feições diversas — nos contratos de execução instantânea. Daí dizer Richardson⁵⁷ que a cooperação se faz presente em todas as relações interempresariais, podendo se apresentar em graus maiores ou menores. O dever de cooperação se apresenta, fundamentalmente, como a obrigação de as partes contribuírem para o atingimento dos objetivos do programa contratual, seja na assistência mútua quando se encontrarem na iminência de serem afetados⁵⁸, seja na atuação ativa para a facilitação do adimplemento. As

52 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000. p. 437-438.

53 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000. p. 439.

54 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000. p. 440.

55 FRADA, Manuel Carneiro. Os deveres (ditos) “acessórios” e o arrendamento. *Revista da ordem dos advogados*, v. 73, n. 1, p. 267-290, jan./mar. 2013. p. 276.

56 FRADA, Manuel Carneiro. Os deveres (ditos) “acessórios” e o arrendamento. *Revista da ordem dos advogados*, v. 73, n. 1, p. 267-290, jan./mar. 2013. p. 275.

57 RICHARDSON, G. B. The organisation of industry. *The economic journal*, v. 82, n. 327, p. 883-896, set. 1972.

58 Nesse sentido: FRADA, Manuel Carneiro. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 563.

próximas seções, nessa linha, cuidarão, especificamente, do dever de cooperação, enquanto decorrência da boa-fé objetiva, e das formas pelas quais tal dever pode ser concretizado segundo as disposições da CISG.

4. O DEVER DE COOPERAÇÃO COMO DEVER LATERAL DECORRENTE DA BOA-FÉ OBJETIVA

A mera leitura do texto do instrumento contratual não é suficiente para compreender a totalidade dos deveres atribuídos às partes integrantes da relação. O objeto do contrato é, na verdade, apenas o dever principal, na medida em que diversos deveres não escritos, mormente decorrentes da boa-fé objetiva, informam as maneiras pelas quais deverão as partes comportarem-se ao longo do desenvolvimento da relação contratual. Quanto maior a complexidade da relação maior será a necessidade de comportamentos ativos das partes para que se alcance de maneira hígida o resultado econômico pretendido com o contrato. Nesse ponto, entra em discussão o chamado dever de cooperação, que, nos contratos internacionais, com maior razão ganha relevância, tendo em vista a complexidade e multiplicidade das estruturas burocráticas e normas regulatórias a serem levadas em consideração, bem como a necessidade de promover a uniformidade da aplicação da legislação internacional sobre compra e venda de mercadorias, conforme se depreende do artigo 7 da CISG.

Como já se sinalizou, a cláusula geral da boa-fé objetiva tem o condão de produzir uma série de deveres anexos cuja observância é instrumental à consecução da finalidade almejada pelas partes contratantes. Certo é que tais deveres laterais não são abrangidos pela prestação principal, mas “caracterizam a correção do comportamento dos contratantes, um em relação ao outro, tendo em vista que o vínculo obrigacional deve traduzir uma ordem de cooperação, exigindo-se de ambos os obrigados que atuem em favor da consecução da finalidade que, afinal, justificou a formação daquele vínculo”⁵⁹.

Segundo Menezes Cordeiro⁶⁰, a incidência da cláusula geral da boa-fé objetiva enseja a elaboração da noção de “complexidade intra-obrigacional”, que traduz a ideia

de que o vínculo obrigacional não abriga tão somente um simples dever de prestar, mas diversos elementos jurídicos “dotados de autonomia bastante para, de um conteúdo unitário, fazerem uma realidade composta”⁶¹. Considerando-se que não pode o direito admitir excessivos danos ao credor ou sacrifício desmesurado para o devedor, os chamados deveres acessórios são chamados a coagir os comportamentos das partes no sentido da realização da prestação, de sorte que tudo se passe de modo considerado devido⁶².

Dessa maneira, parte-se da premissa de que a relação obrigacional não diz respeito a posições estanques, mas sim a fenômeno complexo que merece ser analisado de maneira dinâmica, desde sua formação, passando pela sua execução, até o adimplemento total⁶³. A compreensão da relação obrigacional como processo conduz também à importante noção segundo a qual a obrigação não constitui um fim em si mesmo, mas tem a função precípua de satisfazer os interesses das partes, motivo pelo qual a própria concepção de adimplemento deve ser ressignificada para compreender tanto a prestação principal quanto os deveres de conduta instrumentalmente necessários para a obtenção do resultado útil pretendido pelas partes⁶⁴. Nesse sentido, assevera Clóvis do

61 Vale transcrever a lição de COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 63. Sobre a tipologia de deveres secundários: “Avultam, evidentemente, os deveres principais ou primários de prestação. Constituem estes e os respectivos direitos o fulcro ou núcleo dominante, a <<alma>> da relação obrigacional, em ordem ao conseguimento do seu fim. Daí que sejam eles que definem o tipo de contrato, sempre que se trate de uma relação dessa natureza. [...] Observou-se que há também deveres secundários ou acidentais de prestação, que se mostram susceptíveis de revestir duas modalidades. Distinguem-se, na verdade, dos deveres secundários meramente acessórios da prestação principal, os quais se destinam a preparar o cumprimento ou a assegurar a sua perfeita realização (assim, na compra e venda, o dever de conservar a coisa vendida até a entrega ou o dever de embalá-la e transportá-la), os deveres secundários com prestação autônoma. Nesta última categoria, por seu turno, o dever secundário pode revelar-se sucedâneo do dever principal de prestação (o caso da indemnização resultante da impossibilidade culposa da prestação originária, que substitui esta) ou coexistente com o dever principal de prestação (o caso da indemnização por mora ou cumprimento defeituoso, que acresce à prestação originária)”.

62 MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina: 2013. p. 592.

63 SILVA, Clóvis Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 64.

64 TERRA, Aline de Miranda Valverde. A questionável utilidade da violação positiva do contrato no direito brasileiro. *Revista de direito do consumidor*, v. 101, p. 181-205, 2015. Conferir, também: MENEZES CORDEIRO, António. *Violação positiva do contrato: cumprimento imperfeito e garantia de bom funcionamento da coisa*

59 NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 150.

60 MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina: 2013. p. 586.

Couto e Silva que “Todos os deveres anexos podem ser considerados deveres de cooperação”⁶⁵.

No entanto, pode-se especificar, a partir da boa-fé objetiva, um conjunto de deveres laterais destinados a promover o auxílio mútuo entre as partes para a consecução do programa contratual⁶⁶, que, neste trabalho, serão tratados de maneira unificada como “dever de cooperação”. Por conseguinte, nada impede que o dever de cooperação seja desdobrado em outros deveres anexos, como o dever de informar, o dever de cuidado, o dever de mitigar o próprio prejuízo, dentre outros deveres que possam emergir da dinâmica contratual posta sob análise⁶⁷. Cabe, ainda, esclarecer que o dever de cooperação

vendida; âmbito de exceção do contrato não cumprido. *Revista da ordem dos advogados*, v. 41, n. 1, p. 123-152, jan.-abr. 1981; SILVA, Jorge Cesa Ferreira. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

65 SILVA, Clóvis Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 96. A respeito da autonomia dos deveres acessórios com relação às prestações principais: “Tem, nesse aspecto, sentido falar-se de uma “descontratualização” dos deveres de cuidado e consideração. Ganha-se espaço para integrar dogmaticamente determinados deveres pré-contratuais (sancionados pela culpa in contrahendo) que perduram e subsistem após o fecho do contrato num dinamismo que acompanha o relacionamento dos (vários) sujeitos ao longo das negociações e durante toda a vida da execução do contrato. Eles constituem, por isso, uma relação jurídica, fundada no direito objectivo, que é feita de deveres de comportamento e, nesse sentido, sem (ou autonomizável de) deveres primários de prestação”. FRADA, Manuel Carneiro. Os deveres (ditos) “acessórios” e o arrendamento. *Revista da ordem dos advogados*, v. 73, n. 1, p. 267-290, jan./mar. 2013 p. 278.

66 SILVA, Clóvis Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 96. Retira do comércio internacional exemplo dos mencionados deveres de auxílio: “Assim, quando, no comércio internacional, A contrata com B a entrega de determinada mercadoria sujeita à licença de exportação, deverá providenciar, com todo o zelo, para obtê-la. A obrigação principal é a entrega da mercadoria. Todavia, impõe-se, quando se tratar de obrigação sujeita a licença, obtê-la do órgão competente. Não se liberaria da obrigação o devedor, e poderia o credor, no estrangeiro, rejeitar a mercadoria, se aquele a enviasse ao arrepio da legislação a respeito. O correto adimplemento dessa hipótese não há que consistir em apenas enviar a mercadoria (obrigação principal), pois deverá ainda cumprir os deveres de auxílio, tais como obter, se for o caso, a competente licença”.

67 SCHUNCK, Giuliana Bonanno. *Contratos de longo prazo e dever de cooperação*. São Paulo: Almedina, 2006. p. 144. Vale transcrever trechos da obra da autora: “Pelo fato de os próprios deveres anexos não poderem ser antecipados e desde logo conhecidos pelas partes, já que dependerão não apenas do contrato em si, mas principalmente da concreção da dinâmica contratual, não há dúvida de que os deveres anexos assumem facetas diferenciadas, considerando cada situação específica pela qual as partes são submetidas durante o programa contratual. [...] Não é possível, com isso, definir de forma exaustiva o que seria efetivamente o dever de cooperação, já que, a cada contrato diferente e mesmo a cada diferente momento de um mesmo contrato, o dever de um contratante de cooperar com o

não necessariamente se manifesta de maneira verticalizada e cogente, segundo concepções pré-estabelecidas sobre a boa-fé objetiva, mas pode também se manifestar com base na criação espontânea de um sistema institucional cooperativo destinado a garantir a higidez de um determinado mercado, reduzindo condutas oportunistas ao sancionar desvios comportamentais com penalidades alternativas, geralmente incidentes sobre a reputação dos agentes⁶⁸.

Dessa maneira, tem-se que a ordem cooperativa enfeixada na relação obrigacional é voltada a uma finalidade única, relacionada exclusivamente a apenas uma das partes, tampouco associada ao singelo enfoque da proteção conferida pelo ordenamento jurídico⁶⁹. Com vistas a evitar o incumprimento ou o cumprimento defeituoso e, antes de tudo, a privilegiar o atendimento da finalidade dos contratos, é necessário não apenas que as partes se abstenham de atitudes impeditivas do desenvolvimento da relação obrigacional, mas, de maneira ativa, que se faculte a atuação do devedor⁷⁰. Por esse motivo, ganham relevância na concretização do dever de cooperação institutos como a mora do credor — evitando comportamentos que impeçam que o devedor se desvincule do liame obrigacional⁷¹ — e o chamado *duty to mitigate the loss*⁷², consubstanciado no artigo 77 da CISG, segundo o qual “a parte que invocar o inadimplemento do contrato deverá tomar as medidas que forem razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para diminuir os prejuízos resultantes do descumprimento,

outro vai variar, conforme seja necessária alguma participação de um contratante, para que o outro possa cumprir sua obrigação da melhor forma possível, aí se considerando a forma mais eficaz de cumprimento”. SCHUNCK, Giuliana Bonanno. *Contratos de longo prazo e dever de cooperação*. São Paulo: Almedina, 2006. p. 144.

68 Nesse sentido: BERNSTEIN, Lisa E. Private Commercial Law in the cotton industry: creating cooperation through rules, norms and institutions. *Michigan Law Review*, v. 99, p. 1724-1790, jul. 2001.

69 SOMBRA, Thiago Luís Santos. *Adimplemento contratual e cooperação do credor* [edição eletrônica]. São Paulo: Saraiva, 2011.

70 MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina: 2013. p. 594.

71 SOMBRA, Thiago Luís Santos. *Adimplemento contratual e cooperação do credor* [edição eletrônica]. São Paulo: Saraiva, 2011.

72 Tal dever já foi reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro: “Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade” (STJ), REsp 758.518/PR, Rel. Ministro Vasco Della Giustina, 3ª Turma, Data de Julgamento: 17/06/2010, Data de Publicação: DJe 28/06/2010).

incluídos os lucros cessantes [...]”⁷³. Da mesma maneira, do ponto de vista do devedor, sustenta Larenz⁷⁴ que este se encontra obrigado não somente ao cumprimento da obrigação, mas ao cumprimento diligente de suas prestações, sob pena de causar danos à parte ocupante do polo oposto.

É claro que, considerando a natureza lucrativa dos negócios mercantis, não há de se esperar qualquer interpretação voluntarista ou meramente fraterna do dever de cooperação: este deve ser entendido como a conduta naturalmente decorrente do respeito à boa-fé objetiva conforme compreendida pelo Direito Empresarial, isto é, do respeito às regras do jogo e da observância do comportamento esperado de todos os sujeitos ativos e probos, assim contribuindo para o fortalecimento do próprio mercado⁷⁵. Nesse sentido, “Não se exige que o contratante colabore com o interesse privado e individual da contraparte”⁷⁶, uma vez que “O que o ordenamento jurídico visa com o princípio da boa-fé objetiva — já se disse — é assegurar que as partes colaborarão mutuamente para a consecução dos fins comuns perseguidos com o contrato”⁷⁷.

Na verdade, por mais relevante que seja a solidariedade para o Direito dos Contratos, especialmente a partir do século XX, a cooperação constitui sua contraface interna nas relações contratuais⁷⁸. Ao passo que a solida-

riedade tem o condão de afetar, essencialmente, as partes para vinculá-las a uma comunidade externa à relação contratual, que conta com valores específicos a serem impressos àquelas obrigações, a cooperação “mantém a relação de troca estável, recíproca, sendo condição processual de realização da primeira e designando uma relação de natureza instrumental e econômica”⁷⁹.

5. CONCRETIZAÇÃO DO DEVER DE COOPERAÇÃO NA APLICAÇÃO DA CISG

Nas seções anteriores, demonstrou-se que a boa-fé objetiva, cláusula geral de grande relevância para o direito do comércio internacional, tem o condão de produzir, nas relações contratuais, deveres acessórios a serem observados pelas partes contratantes para que se possa atingir a condição de adimplemento em sua plenitude. Asseverou-se, também, que o dever de cooperação constitui importante dever acessório, compreendido tanto como a exigência de as partes se absterem de obstaculizar a execução do contrato quanto como a obrigação de as partes facilitarem o processo de concretização do programa contratual.

Na presente seção, a partir da análise dos dispositivos da CISG, pretende-se demonstrar os instrumentos por meio dos quais a Convenção pretendeu densificar e tutelar o dever de cooperação das partes nos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias. A densificação do dever de cooperação é medida necessária, considerando que a sua excessiva abstração tem o condão não somente de dificultar sua aplicação, mas também de alargar, indevidamente, o campo de aplicação da boa-fé. Nesse sentido, segundo Fernando Noronha⁸⁰ “não se justificará falar em violação do dever geral de agir de acordo com a boa-fé, ainda que evidentemente este se insira dentro daqueles”. Prossegue o autor: “Não parece, porém, que seja possível (ou conveniente) ir tão longe; não é possível atribuir ao princípio da boa-fé um alcance assim tão amplo, que o deixaria demasiado abstrato e faria dele base de toda a responsabilidade fundada na culpa, se não também mesmo da responsa-

73 No direito brasileiro, reza o Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil do CJF: “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

74 LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958. v. I, p. 62.

75 FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011. p. 99-111. Vale transcrever trecho da lição de Paula Forgioni sobre a boa-fé nos contratos empresariais: “Nessa perspectiva, o comportamento honesto não implica gasto, mas sim economia, tanto para o agente (que atuará conforme as regras) quanto para o mercado como um todo, que tenderá a diminuir a incidência de custos de transação pelo aumento do grau de certeza e de previsibilidade. E assim deve ser para o direito, porque a sanção prevista desestimula o comportamento infrator. Por fim, a boa reputação deve ser realmente adquirida pelo agente, mas também o impele ao cumprimento das regras do mercado (i.e., ao respeito, à confiança e à boa-fé)”. FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.

76 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, p. 139-151, 2003. p. 147-148.

77 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, p. 139-151, 2003. p. 147.

78 CARVALHO, Vinicius Marques. *O direito do saneamento básico*.

São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 281.

79 CARVALHO, Vinicius Marques. *O direito do saneamento básico*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 281.

80 NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 456.

bilidade objetiva”⁸¹.

Com base na leitura da CISG, pode-se verificar uma série de manifestações do dever de cooperação, em dispositivos cuja interpretação necessariamente deverá ser submetida aos parâmetros da boa-fé objetiva. Exemplo disso é o disposto no artigo 60 da CISG, segundo o qual a obrigação do comprador de proceder ao recebimento consistirá em: (i) praticar todos os atos razoavelmente esperados para que o vendedor possa efetuar a entrega; e (ii) tomar posse das mercadorias. Observe-se, nesse ponto, que o primeiro item apresenta enunciado bastante aberto, que enfeixa perfeitamente o sentido do dever de cooperação: não somente deve o comprador fornecer sua contraprestação pelas mercadorias, mas também deve agir, diligentemente, para possibilitar a entrega das mercadorias pelo vendedor⁸².

Fica clara, portanto, a ideia de que a cooperação é elemento essencial do adimplemento, sendo a omissão da parte imputável com sua constituição em mora. No mesmo sentido, o segundo item elencado pelo artigo 60 expressa a necessária ação do credor no sentido da liberação do devedor de suas obrigações mediante o efetivo recebimento das mercadorias, com vistas a evitar o indevido prolongamento da relação obrigacional⁸³. Tal compreensão também pode ser visualizada no artigo 33, referente ao prazo de entrega das mercadorias pelo vendedor: caso o contrato não tenha fixado prazo ou não tenha o comprador escolhido, o vendedor deverá entregar as mercadorias “dentro de um prazo razoável a partir da conclusão do contrato”. Na mesma linha, dispõem o item 1 do artigo 47 que “O comprador poderá conceder ao vendedor prazo suplementar razoável para o cumprimento de suas obrigações” e, simetricamente, o item 1 do artigo 63, de acordo com o qual “O

vendedor poderá conceder prazo suplementar razoável para cumprimento das obrigações que incumbirem ao comprador”⁸⁴.

Conforme elucida a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDCI)⁸⁵, os atos de cooperação razoavelmente esperados das partes se apresentam das mais variadas formas, como, exemplificativamente, à luz da jurisprudência existente sobre o tema em variadas jurisdições: (i) no exame preliminar das mercadorias, com a consequente emissão de certificado de emissão⁸⁶; (ii) na obtenção de licenças de importação ou exportação⁸⁷; (iii) a conclusão do contrato de transporte ou a notificação do nome do navio no qual embarcarão as mercadorias; (iv) na obrigação de informar o vendedor de atrasos razoáveis⁸⁸; ou (v) na obrigação de uma parte fornecer à outra os comandos necessários à conclusão de contrato subordinado⁸⁹.

A breve casuística exposta acima serve para demonstrar a necessidade de critérios razoáveis para a aplicação da CISG que transcendam a casuística, com vistas a elucidar a extensão dos deveres de cooperação e, por conseguinte, conferir segurança aos agentes econômicos. Na verdade, autores como Franco Ferrari⁹⁰ percebem com grandes ressalvas a aplicação da boa-fé objetiva como padrão geral de comportamento das partes, especialmente quando os deveres daí decorrentes não se encontram expressamente previstos pelo contrato. Por

81 NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 456.

82 SOMBRA, Thiago Luís Santos. *Adimplemento contratual e cooperação do credor* [edição eletrônica]. São Paulo: Saraiva, 2011.

83 Vale transcrever o comentário de Thiago Sombra nesse sentido: “Trata-se, no entanto, de uma tarefa que, se por um lado conduz à ampliação do dever de cooperação do credor, como limite mínimo assinalado para a proteção dos interesses do devedor, por outro, enceta a abreviação ou o prolongamento do iter obrigacional de modo a abranger os comportamentos preparatórios ou sucessivos à extinção do vínculo. Destarte, são as circunstâncias em que os sujeitos operam, valoradas em relação aos interesses que a obrigação tenciona satisfazer ou tutelar, que individualizam a medida da boa-fé objetiva e propiciam a exigibilidade de posturas cooperativas”. SOMBRA, Thiago Luís Santos. *Adimplemento contratual e cooperação do credor* [edição eletrônica]. São Paulo: Saraiva, 2011.

84 Conferir: NGUYEN, Minh Hang. *Vente internationale et droit vietnamien de la vente*. Tours: Presses universitaires François-Rabelais, 2013.

85 CNUDCI. *Précis de jurisprudence de la CNUDCI concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*. Nova Iorque: Nações Unidas, 2014. p. 314.

86 China International Economic and Trade Arbitration Commission – CIETAC, CISG/2000/15, Data de julgamento: 29.09.2000, disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000929c1.html>>. Acesso em: 05 jan. 2018; Tribunal of International Commercial Arbitration at the Ukraine Chamber of Commerce and Trade, Data de julgamento: 08.08.2000, disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000908u5.html>> Acesso em: 05 jan. 2018.

87 Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, 27/2001, Data de julgamento: 24.01.2002, Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020124r1.html>> Acesso em: 05 jan. 2018.

88 U.S. District Court for the Southern District of New York, 98 CIV 861 (RWS) and 99 CIV 3607 (RWS), Data de julgamento: 10.05.2002.

89 Oberlandsgericht Brandenburg, 6 U 53/07, Data de julgamento: 18.11.2008.

90 FERRARI, Franco. CISG and private international law. In: _____. *The 1980 Uniform Sales Law: old issues revisited in the light of recent experiences*. Milão: Sellier European Law Publishers, 2003. p. 224.

mais que se defenda que o dever de cooperação compreende a execução do contrato em toda sua plenitude, alcançando até mesmo momentos prévios à conclusão e prévios ao encerramento do vínculo contratual⁹¹, é necessário esclarecer que o dever de cooperação está adstrito aos atos que podem ser razoavelmente esperados das partes para permitir a efetiva consecução dos objetivos contratuais⁹².

Como já se viu, nada impede que o dever de cooperação seja desdobrado em outros deveres acessórios e, inclusive, que sirva de parâmetro interpretativo para a aplicação de outros deveres. É o que ocorre com o dever de informação, que consiste, fundamentalmente, em obrigação exigida das partes para a adequada consecução dos objetivos traçados no programa contratual. Nesse sentido, pode-se mencionar a disposição contida no item 3 do artigo 32 da CISG, segundo o qual “Se não estiver obrigado a contratar o seguro de transporte, o vendedor deverá fornecer ao comprador, a pedido deste, toda informação disponível que for necessária para a contratação de tal seguro”. Trata-se, aqui, de clara hipótese de dever de informação ou esclarecimento, na medida em que obriga às partes, na vigência do contrato, de informarem-se, mutuamente, de aspectos atinentes ao vínculo ou de efeitos que possam, eventualmente, advir da execução do contrato⁹³.

A vinculação entre os deveres de cooperação e de informação é, ainda, percebida na CISG em outras oportunidades, como ocorre no artigo 68, ao dispor que “o risco da perda ou deterioração correrá por conta do vendedor se, no momento da conclusão do contrato de compra e venda, o vendedor sabia ou devesse saber que as mercadorias sofreram perda ou deterioração, sem ter informado ao comprador”. Nesse ponto, a Convenção estabelece gravosa consequência para a falta de observância do dever de informação, na medida em que a alocação do risco de perda ou deterioração será diretamente determinada pela ação diligente do vendedor que sabia ou devesse saber dessa característica de suas mercadorias.

Aqui, pode-se retomar o que foi anteriormente exposto acerca do padrão de conduta deduzido da boa-

-fé objetiva para lembrar que as partes dos contratos regidos pela CISG não apenas são empresários do qual se espera o comportamento de todos os sujeitos ativos e probos — ou do *bonus pater familias* —, mas também especial diligência em virtude da complexidade advinda do caráter internacional das operações que levam a cabo, de sorte que os deveres de informação deles esperados deverão manter relação com as circunstâncias da relação contratual, com vistas a esclarecer as situações jurídicas em causa e a evitar a produção de danos⁹⁴. Caso similar é o do item 4 do artigo 79: “A parte que não tiver cumprido suas obrigações deve comunicar à outra parte o impedimento, bem como seus efeitos sobre sua capacidade de cumpri-las. Se a outra parte não receber a comunicação dentro de prazo razoável após o momento em que a parte que deixou de cumprir suas obrigações tiver ou devesse ter tomado conhecimento do impedimento, esta será responsável pelas perdas e danos decorrentes da falta de comunicação”.

Cabe observar que o “padrão esperado de toda pessoa razoável” também se faz presente na CISG, como se verifica do seu artigo 25, segundo o qual “A viola-

94 A questão do padrão esperado de todos os sujeitos ativos e probos foi magistralmente endereçada por MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina: 2013. p. 1228-1229: “A má fé radical, consistente no atingir, consciente e voluntário, da posição de terceiros implica culpa, na forma de dolo. O problema põe-se no domínio do desconhecimento culposo, isto é, na situação em que o sujeito, embora ignorando prejudicar a posição alheia, tenha violado deveres de informação e indagação. Estes deveres não se reconduzem, contra o que possa, à primeira vista, parecer, aos deveres de cuidado pressupostos pela negligência, no seu remeter para o padrão do bom pai de família: trata-se de deveres específicos, legais, baseados, juspositivamente, na boa fé, com um perfil particular ditado pelas conjunturas em que se concretize e que visa, de modo especial, a obtenção de informações sobre as situações jurídicas em causa e não apenas, o evitar produzir danos. Na violação dos deveres postulados pela boa/má fé, pergunta-se qual o papel da culpa. Em princípio nenhum: esses deveres de informação levam, quando inobservados, à aplicação das consequências atribuídas à má fé, muito próprias, e que não se confundem com as da responsabilidade civil. Na mira decisiva das consequências em jogo, não há, pois, que falar em inclusões necessárias da culpa no processo que, por ignorância indesculpável, leva à má fé. Razões sistemáticas de harmonização obrigam, no entanto, ao aproximar das figuras. A pessoa que, sem culpa – isto é, em censura – não tenha podido levar até ao fim o cumprimento do seu dever de informação e indagação, continuando, por isso, na ignorância de lesar o direito de outrem, estará de boa fé. Diferente e melindrosa é a posição daquele que, de modo não censurável, tenha prejudicado a situação de terceiro, disso consciente. Deverá considerar-se de boa fé? A questão põe-se com tanta mais oportunidade quanto é certo que, em tal conjuntura, não foram, à luz das regras da responsabilidade civil, violados os deveres de informação e indagação: a pessoa que saiba não tem mais de os cumprir”.

91 SOMBRA, Thiago Luís Santos. *Adimplemento contratual e cooperação do credor* [edição eletrônica]. São Paulo: Saraiva, 2011.

92 CNUDCI. *Précis de jurisprudence de la CNUDCI concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*. Nova Iorque: Nações Unidas, 2014. p. 314.

93 MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina: 2013. p. 605.

ção ao contrato por uma das partes é considerada como essencial se causar à outra parte prejuízo de tal monta que substancialmente a prive do resultado que poderia esperar do contrato, salvo se a parte infratora não tiver previsto e uma pessoa razoável da mesma condição e nas mesmas circunstâncias não pudesse prever tal resultado”. Daí a razão pela qual, no ambiente de negócios que receberá a aplicação da CISG, pode-se esperar das partes contratantes padrão de diligência tal que o conhecimento das características e das condições comumente impostas por seus parceiros de negócios não é mera estratégia de mercado, mas dever a ser observado no comércio internacional como um todo, como já entenderam tribunais alemães⁹⁵.

O dever de cooperação recebe posição de destaque no item 5.1.3 dos princípios UNIDROIT, segundo o qual, em tradução livre, “Cada parte deverá cooperar com a outra quando tal cooperação puder ser razoavelmente esperada para a execução das obrigações da parte”. Nos comentários ao dispositivo fornecidos na edição de 2010 dos princípios UNIDROIT, afirma-se que “Um contrato não é meramente um ponto de encontro de interesses conflitantes, mas deve também, em certa medida, ser visualizado como um projeto comum no âmbito do qual cada uma das partes deverá cooperar”⁹⁶. No entanto, cabe acrescentar que a existência de um dever de cooperação não deverá ser interpretada de maneira absoluta, na medida em que não poderá interferir na alocação de direitos e obrigações promovida pelo acordo⁹⁷. Em síntese, considerando-se que a finalidade do dever de cooperação não é outra senão a de possibilitar a realização do programa contratual, não se pode admitir que tal dever leve à subversão das próprias cláusulas contratuais.

Tendo todas essas considerações em vista, a interpretação da CISG segundo a boa-fé, conforme orienta o artigo 7 da Convenção, exercita-se, fundamentalmente, segundo a ideia de cooperação e, por conseguinte, no sentido do atingimento das finalidades pretendidas pelas partes contratantes, na medida em que o dever de cooperação nada mais é do que um meio para o a consecução do fim do contrato. Por esse motivo, a CISG é

tecida de tal maneira que, mesmo as possibilidades de resolução dos contratos, estão pautadas pelo dever de cooperação. Profundamente marcado pela extrajudicialidade⁹⁸, determina o artigo 26 que “A declaração de resolução do contrato tornar-se-á eficaz somente quando notificada por uma parte à outra”.

Por esse motivo, fala-se muito menos em resolução de pleno direito e muito mais na estruturação de processos cooperativos de resolução de conflitos destinada a conservar o vínculo jurídico entre as partes, superando compreensões excessivamente formalistas para preservar a utilidade econômica e social do negócio⁹⁹, assim garantindo a higidez do sistema de comércio internacional. Tais constatações servem, mais uma vez, para demonstrar a estrutura de incentivos criada pela CISG para que as partes cooperem, enfatizando inclusive a comunicação¹⁰⁰ entre as partes para a superação de defeitos remediáveis e mesmo para a busca de alternativas à pura e simples resolução contratual¹⁰¹. O mais célebre exemplo disso é o chamado *Nachfrist*, prazo complementar — previsto pelo artigo 47 — concedido ao vendedor pelo comprador para o cumprimento de suas obrigações, no âmbito do qual não se pode exercer qualquer ação por descumprimento contratual¹⁰².

Como já se viu, a boa-fé objetiva constitui cláusula geral e, portanto, caracteriza-se por sua grande amplitu-

98 Ver: AGUIAR JR. Ruy Rosado. A Convenção de Viena e a resolução do contrato por incumprimento. *Revista de informação legislativa*, v. 31, n. 121, p. 211-225, jan./mar. 1994.

99 A respeito do princípio da conservação do negócios jurídico: “O princípio da conservação consiste, pois, em se procurar salvar tudo que é possível num negócio jurídico concreto, tanto no plano da existência, quanto da validade, quanto da eficácia. Seu fundamento prende-se à própria razão de ser do negócio jurídico; sendo este uma espécie de fato jurídico, de tipo peculiar, isto é, uma declaração de vontade (manifestação de vontade a que o ordenamento jurídico imputa os efeitos manifestados como queridos), é evidente que, para o sistema jurídico, a autonomia de vontade produzindo auto regramentos de vontade, isto é, a declaração produzindo efeitos, representa algo juridicamente útil”. AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2002. p. 66. Ver também: GUERRA, Alexandre. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos*. São Paulo: Almedina, 2016.

100 HONNOLD, John. *Uniform law for international sales*. The Hague: Kluwer Law International, 1999. p. 107.

101 KRÖLL, S. et al. *International arbitration and international commercial law: synergy, convergence and evolution*. Alpen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011. p. 647.

102 Tal instituto foi o tema central do acórdão brasileiro que, pela primeira vez, explicitamente aplicou dispositivos da CISG: TJRS, Ap. civ. 70072362940, 12ª CC, Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack, Data de julgamento: 14.02.2017, Data de publicação: 16.02.2017.

95 *Oberlandsgericht München*, 20 U 3863/08, Data de julgamento: 14.01.2009; *Oberlandsgericht Düsseldorf*, 17 U 22/03, Data de julgamento: 25.07.2003.

96 “A contract is not merely a meeting point for conflicting interests but must also, to a certain extent, be viewed as a common project in which each party must cooperate”. UNIDROIT. p. 150)

97 UNIDROIT. p. 150.

de, exigindo determinados comportamentos das partes contratantes em situações sequer pensadas pelo legislador. Porém, como igualmente já se comentou, tal compreensão — que já produz grande dificuldade nos sistemas nacionais que acolhem tal cláusula geral¹⁰³ — pode causar grande estranhamento não somente aos agentes econômicos originários de países cujos ordenamentos não acolham tal preceito, mas sobretudo aos *players* do comércio internacional que apresentem preocupações com a insegurança e a imprevisibilidade do emprego de conceitos excessivamente flexíveis para a regência de operações do comércio internacionais.

Daí a razão pela qual o texto da CISG contém uma série de disposições perfeitamente dedutíveis da cláusula geral da boa-fé objetiva, com o objetivo de prevenir os “perigos” da vagueza do preceito mediante a sua densificação em disposições que expressem os princípios jurídicos subjacentes a essa noção¹⁰⁴. É o caso do artigo 80, descrito por Thomas Neumann¹⁰⁵ como fonte fundamental do dever de cooperação contido no texto da CISG, segundo o qual: “Uma parte não poderá alegar o descumprimento da outra, na medida em que tal descumprimento tiver sido causado por ação ou omissão da primeira parte”. Trata-se de situação jurídica similar àquela expressa pela fórmula *tu quoque*, que traduz “uma regra pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído”¹⁰⁶. Tendo em vista a possível repelência de alguns intérpretes da CISG à ampliação do âmbito de aplicação da boa-fé objetiva, pode ser que regra como a do *tu quoque* não fosse necessariamente deduzida da referida cláusula geral. Por essa razão, a previsão expressa da regra pela Convenção — como ocorre em outras situações, muitas das quais mencionadas acima — concretiza o objetivo traçado pelo artigo 7 de promover a uniformidade da aplicação da CISG, cuja *ratio* não constitui, apenas, assegurar

a autonomia e a autoridade da Convenção, mas, antes de tudo, de remover barreiras ao comércio internacional¹⁰⁷.

Demonstra-se, dessa maneira, que o conteúdo da CISG não é meramente enunciativo de deveres de conduta imputáveis às partes simplesmente em virtude de seu caráter cogente, mas é estruturado em torno de complexa teia de incentivos à cooperação entre as partes, espírito que, à luz da boa-fé objetiva, deve iluminar toda a aplicação da Convenção. Pode-se, assim, observar que os dispositivos mencionados nesta seção consistem em hipóteses nas quais se torna mais visível a concretização do dever de cooperação, característica que é fundamentalmente necessária a diploma transnacional que comporta tanto sistemas habituados à cláusula geral da boa-fé objetiva — nos quais muitas dessas disposições seriam até desnecessárias — quanto sistemas estranhos a essa norma. O grande desafio dos intérpretes, por certo, será a compatibilização da estrutura de incentivos à cooperação elaborada pela CISG com os direitos domésticos, tarefa em grande medida facilitada pelo artigo 7 da Convenção, pelos princípios UNIDROIT e aos difusos — porém cogentes — princípios da *lex mercatoria*¹⁰⁸.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desafio da aplicação uniforme da CISG certamente não é simples, na medida em que depende não somente da boa vontade dos juristas ou dos agentes econômicos, mas também das circunstâncias socioeconômicas e políticas que compõem o cenário da contratação internacional. A missão fundamental de remoção de entraves ao livre desenvolvimento do comércio internacional está longe de ser concluída, motivo pelo qual os intérpretes das normas regentes dessas transações devem incansavelmente trabalhar pelo aprimoramento do sistema e da reflexão em torno dos negócios internacionais.

A experiência demonstra que a obtenção dos resultados desejados de normas jurídicas dificilmente

103 Conferir, nesse sentido, artigo sobre a “maldição” das cláusulas gerais no direito alemão: BUECKLING, Adrian. Der Fluch der Generalklauseln: vom Treu und Glaubenssatz zum Gemeinsamen Erbe der Menschheit. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, v. 16, n. 8, p. 190-194, ago. 1983.

104 NEUMANN, Thomas. *The duty to cooperate in international sales: the scope and role of article 80 CISG*. Munique: Sellier European Law Publishers, 2012. p. 133.

105 NEUMANN, Thomas. *The duty to cooperate in international sales: the scope and role of article 80 CISG*. Munique: Sellier European Law Publishers, 2012.

106 MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina: 2013. p. 837.

107 NEUMANN, Thomas. *The duty to cooperate in international sales: the scope and role of article 80 CISG*. Munique: Sellier European Law Publishers, 2012. p. 241.

108 Conferir: MARRELLA, Fabrizio. *Lex mercatoria and the UNIDROIT principles: a shock or a new chapter of contemporary private international law?* In: YILDIRIM, Ahmet Cemil; ESKİYÖRÜK, Serhat. *International Commercial Arbitration and the New Lex Mercatoria*. Istanbul: On İki Levha Yayincılık, 2014.

depende tão somente da qualidade das normas ou da competência de seus intérpretes, de sorte que a mera enunciação de princípios gerais ou mesmo de textos normativos que enderecem situações específicas não serão suficientes para automaticamente conformar os comportamentos das partes. É preciso, assim, dispor de parâmetros normativos gerais que orientem as mais diversas fases de concretização dos programas contratuais traçados pelas partes, desde a formação dos contratos — alcançando, inclusive, o período de negociações —, compreendendo também a execução do contrato e sua interpretação, e, por fim, determinando quais comportamentos devem ser incentivados ou coibidos na eventualidade do encerramento daquele vínculo.

Muito embora tal previsão tenha sido percuciente — como se pretendeu demonstrar ao longo deste trabalho —, a inclusão da boa-fé como parâmetro de aplicação e interpretação dos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias foi passo ousado e corajoso dos artífices da CISG. A ausência ou pouca relevância dessa cláusula geral em ordenamentos de diversos Estados signatários da Convenção, bem como a ausência de consenso geral sobre seu conceito, dificilmente encaminhariam para a desejável aplicação uniforme da CISG. Porém, a Convenção não busca acolher uma ou outra compreensão de boa-fé, mas tem o objetivo — e, novamente, o desafio — de construir o seu próprio. É claro que este trabalho não teve a intenção de pacificar um conceito geral de boa-fé objetiva à luz da CISG, mas de — presunçosamente — traçar algumas pegadas na trilha da concretização do sentido dessa cláusula geral de grande potencial para a preservação dos interesses dos agentes econômicos envolvidos em operações de compra e venda internacional de mercadorias.

Em primeiro lugar, é fundamental repisar que a interpretação dos contratos regidos pela CISG somente alcançará seu objetivos de azeitar as engrenagens do comércio internacional a partir do momento em que houver certo grau de consenso (que não precisa ser absoluto) acerca dos conceitos e da natureza das relações com as quais se está trabalhando. É necessário, por conseguinte, que a interpretação — e a fundamentação da escolha por uma via interpretativa ou outra — esteja pautada por um ideal normativo uniforme, capaz de garantir às partes, a um só tempo, segurança e dinamismo em suas relações. Por esse caminho, devem ser repensadas tanto concepções excessivamente legalistas ou literalistas — valorizando a letra fria dos contratos em

nome da segurança e da previsibilidade — quanto noções que atribuam ao intérprete, sob o pretexto de estar trabalhando com cláusulas gerais, excessiva discricionariedade, solução que igualmente frustra os interesses das partes ao exceder o próprio programa contratual. Daí a inafastável conclusão segundo a qual a boa-fé a que alude a CISG, necessariamente, será a boa-fé objetiva, assim entendida como padrão normativamente esperado das partes para a promoção da lealdade de uma parte para com a outra e mesmo para com o mercado, de modo a manter a higidez do ambiente econômico em que se encontram.

O protótipo de solução que se pretendeu traçar neste trabalho se encontra, fundamentalmente, na concepção classicamente sustentada pela doutrina alemã — e magistralmente trabalhada no Brasil por Clóvis do Couto e Silva — de que a relação obrigacional consiste em uma série de atos encadeados e inter-relacionados, que, por mais que contenham objetivos e significados autônomos, se encontram todos voltados à obtenção de um fim, consubstanciado na ideia de adimplemento total. Dadas as dificuldades naturalmente oriundas da contratação internacional, o atingimento do fim da relação obrigacional exige enfática presença do dever de cooperação, dever acessório decorrente da boa-fé objetiva que, porém, adquire grande autonomia no curso da execução do contrato.

Da mesma forma que ocorre com a boa-fé objetiva, o dever de cooperação não pode ser reduzido a conceito vago e abstrato, sendo necessário contar com meios para sua concretização. Abstratamente — porém com intenções pragmáticas —, pode-se definir o dever de cooperação como o dever das partes — em ambos os polos — de agir no sentido da consecução do programa contratual, de maneira a concluir a operação econômica e de liberar a contraparte do vínculo obrigacional. A concretização desse preceito se dá, de um lado, pelo reconhecimento de que as partes não podem se comportar de maneira a obstar o prosseguimento do processo obrigacional, e, de outro, pela exigência de as partes agirem ativamente para tanto.

Como se demonstrou no presente trabalho, a CISG conta com uma série de disposições que contêm manifestações do dever de cooperação, muitas das quais seriam obtidas mesmo na ausência de previsão expressa, considerando a aplicabilidade da cláusula geral da boa-fé objetiva. Porém, o emprego da boa-fé objetiva

no comércio internacional deve também ter por pressuposto o caráter heterogêneo dos sistemas jurídicos, de maneira que a explicitação de algumas das regras decorrentes da cláusula geral ou, especificamente, do dever de cooperação, se faz imperiosa mesmo para a finalidade de abrir espaço para o amplo reconhecimento desse dever acessório.

Os passos trilhados neste trabalho para a construção dogmática do dever de cooperação no âmbito da CISG tiveram o intuito de contribuir para a profunda comunidade de reflexão sobre a CISG construída em diversas nações. Somente com base no esforço conjunto dos juristas de todo o mundo a respeito da Convenção se superarão as diversas barreiras que ainda se impõem à construção de um arcabouço uniforme de normas e conceitos jurídicos sobre a compra e venda internacional de mercadorias, objetivo que se afigura cada vez mais próximo.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JR. Ruy Rosado. A Convenção de Viena e a resolução do contrato por incumprimento. *Revista de informação legislativa*, v. 31, n. 121, p. 211-225, jan./mar. 1994.
- AGUIAR JR. Ruy Rosado. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista trimestral de direito civil*. v. 12, n. 45, p. 91-110, jan./mar. 2011.
- AGUIAR JR. Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução*. Rio de Janeiro: AIDE, 2003.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2002.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. A boa-fé nos contratos internacionais. *Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem*, v. 6, n. 20, p. 24-46, abr./jun. 2003.
- BERNSTEIN, Lisa E. Private Commercial Law in the cotton industry: creating cooperation through rules, norms and institutions. *Michigan Law Review*, v. 99, p. 1724-1790, jul. 2001.
- BUECKLING, Adrian. Der Fluch der Generalklauseln: vom Treu und Glaubenssatz zum Gemeinsamen Erbe der Menschheit. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, v. 16, n. 8, p. 190-194, ago. 1983.
- CARVALHO, Vinicius Marques. *O direito do saneamento básico*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.
- CNUDCI, *Précis de jurisprudence de la CNUDCI concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*. Nova Iorque: Nações Unidas, 2014.
- COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1998.
- DIMATTEO, Larry. False dichotomies in commercial contract interpretation. *Journal of international trade law and policy*, v. 11, n. 1, p. 27-43, 2012.
- FERRARI, Franco. CISG and private international law. In: _____. *The 1980 Uniform Sales Law: old issues revisited in the light of recent experiences*. Milão: Sellier European Law Publishers, 2003.
- FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.
- FRADA, Manuel Carneiro. Os deveres (ditos) “acessórios” e o arrendamento. *Revista da ordem dos advogados*, v. 73, n. 1, p. 267-290, jan./mar. 2013.
- FRADA, Manuel Carneiro. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2001.
- GUERRA, Alexandre. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos*. São Paulo: Almedina, 2016.
- HONNOLD, John. *Uniform law for international sales*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.
- IRTI, Natalino. Princípi e problemi di interpretazione contrattuale. In: _____. *L'interpretazione del contratto nella dottrina italiana*. Pádua: CEDAM, 2000.
- KRITZER, Albert. *Guide to practical applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Boston: Kluwer, 1989.
- KRÖLL, S. et al. *International arbitration and international commercial law: synergy, convergence and evolution*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011.
- LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958.

- MACKAAY, Ejan, et al. L'économie de la bonne foi contractuelle. In: MOORE, Benoît. *Mélanges Jean Pineau*. Montréal: Les Éditions Thémis, 2004.
- MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MARRELLA, Fabrizio. Lex mercatoria and the UNIDROIT principles: a shock or a new chapter of contemporary private international law? In: YILDIRIM, Ahmet Cemil; ESKİYÖRÜK, Serhat. *International Commercial Arbitration and the New Lex Mercatoria*. Istanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000.
- MARZIO, Fabrizio. *Contratto illecito e disciplina del mercato*. Nápoles: Jovene Editore Napoli, 2011.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina: 2013.
- MENEZES CORDEIRO, António. Violação positiva do contrato: cumprimento imperfeito e garantia de bom funcionamento da coisa vendida; âmbito de exceção do contrato não cumprido. *Revista da ordem dos advogados*, v. 41, n. 1, p. 123-152, jan./abr. 1981.
- MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1986.
- NANNI, Giovanni Ettore. O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade. In: _____. *Temas relevantes do direito civil contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2008.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NEUMANN, Thomas. *The duty to cooperate in international sales: the scope and role of article 80 CISG*. Munique: Sellier European Law Publishers, 2012.
- NGUYEN, Minh Hang. *Vente internationale et droit vietnamien de la vente*. Tours: Presses universitaires François-Rabelais, 2013.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- PATERSON, Jeannie Marie. Good Faith duties in contract performance. *Oxford university commonwealth law journal*, v. 14, n. 2, p. 283-309, 2014.
- PIERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Nápoles: ESI, 2003.
- POWERS, Paul J. Defining the undefinable: good Faith and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Journal of law and commerce*, v. 18, p. 333-353, 1999.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Direito dos contratos: estudos*. Coimbra: Coimbra, 2007.
- RICHARDSON, G. B. The organisation of industry. *The economic journal*, v. 82, n. 327, p. 883-896, set. 1972.
- RIPERT, Gerges. *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1925.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.
- ROSSUM, Madeleine van. Interpretation of commercial contracts. *European journal of commercial contract law*, v. 2, p. 46-57, 2011.
- SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the UN Convention on the international sale of goods (CISG)*. Gloucestershire: Clarendon Press, 1998.
- SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório: tutela de confiança e venire contra factum proprium*. São Paulo: Atlas, 2016.
- SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SCHUNCK, Giuliana Bonanno. *Contratos de longo prazo e dever de cooperação*. São Paulo: Almedina, 2006.
- SHEAFFER, Christopher. The failure of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and a Proposal for a New Uniform Global Code in International Sales Law. *Cardozo journal of international and comparative law*, v. 15, p. 461-495, 2007.
- SILVA, Clóvis Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SILVA, Jorge Cesa Ferreira. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SOMBRA, Thiago Luís Santos. *Adimplemento contratual e cooperação do credor* [edição eletrônica]. São Paulo: Saraiva, 2011.
- STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1998.
- TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé objetiva

fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, p. 139-151, 2003.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. A questionável utilidade da violação positiva do contrato no direito brasileiro. *Revista de direito do consumidor*, v. 101, p. 181-205, 2015.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Breaking frames: economig globalizaton and the emergence of *lex mercatoria*. *European journal of social theory*, v. 5, n. 2, p. 199-217, 2002.

TEUBNER, Gunther. Legal irritants: good faith in British law or how unifying law ends up in new divergences. *The modern law review*, v. 61, n. 1, p. 11-32, 1998.

WESSEL, Jared. Relational contract theory and treaty interpretation: end-game treaties v. dynamic obligations. *NYU annual survey of American law*, v. 60, p. 149-186, 2004.

WILHELMSSON, Thomas. *Critical studies in private law: a treatise on need-rational principles in modern law*. Dordrecht: Springer, 1992.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

A dimensão jurídica do imperialismo na (des)ordem global capitalista: uma análise com base na crítica marxista ao direito internacional e às relações político-econômicas de dominação e dependência

The legal dimension of imperialism in the capitalist global (dis)order: an analysis based on the marxist critique of international law and the political-economic relations of domination and dependence

Thomaz Delgado De David

Maria Beatriz Oliveira da Silva

Rosane Beatris Mariano da Rocha
Barcellos Terra

A dimensão jurídica do imperialismo na (des)ordem global capitalista: uma análise com base na crítica marxista ao direito internacional e às relações político-econômicas de dominação e dependência*

The legal dimension of imperialism in the capitalist global (dis)order: an analysis based on the marxist critique of international law and the political-economic relations of domination and dependence

Thomaz Delgado De David**

Maria Beatriz Oliveira da Silva***

Rosane Beatris Mariano da Rocha Barcellos Terra****

RESUMO

O advento do capitalismo na modernidade inaugura uma etapa de substanciais modificações no panorama mundial. Nesse contexto, relações assimétricas entre os Estados dão causa a uma ruptura dicotômica entre centro e periferia global. O imperialismo capitalista, síntese dessas relações, apresenta várias “dimensões” indivisíveis, como a política e a econômica. Por sua vez, uma análise do papel do Direito nas relações internacionais sugere que o imperialismo possui também uma dimensão jurídica que o ampara ou consubstancia. À vista disso, questiona-se: com base em uma teoria marxista do Direito Internacional, bem como da consideração do imperialismo capitalista enquanto fenômeno multidimensional de dominação e dependência, como pode ser compreendida a dimensão jurídica do imperialismo? Para responder tal questão, emprega-se o método de abordagem materialista histórico-dialético, o método de procedimento histórico e a técnica de pesquisa bibliográfica. Assim, objetiva-se compreender a dimensão jurídica do imperialismo capitalista, por intermédio da crítica marxista ao Direito Internacional e à economia política internacional. Os resultados obtidos revelam que o conteúdo normativo do Direito Internacional é passível de mudança conforme a luta de classes e que, em razão disso, pode comprometer-se com o imperialismo ou assumir contornos não-hegemônicos. Ainda, apontam que a forma jurídica que fundamenta o Direito e seu ramo internacional é condição necessária para a manutenção e a reprodução das relações imperialistas em uma formação social capitalista global. A relevância deste artigo reside na atualização da crítica marxista ao Direito, aplicando-a ao ramo jurídico internacional, enquanto a originalidade decorre da sua interdisciplinaridade e da metodologia empregada.

Palavras-chave: Capitalismo. Direito Internacional. Imperialismo. Marxismo.

* Recebido em: 19/12/2018
Aprovado em: 22/01/2019

** Acadêmico do curso de Direito da Universidade Franciscana (UFN) e do curso de Ciências Sociais (bacharelado) da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Integrante do Núcleo de Direito, Marxismo e Meio Ambiente (NUDMARX), da UFSM, e do Grupo de Pesquisa Teoria Jurídica no Novo Milênio, da UFN. Foi bolsista FINEP Sênior da UFSM durante o desenvolvimento deste artigo. E-mail: thomaz_delgado@hotmail.com

*** Doutora em Direito pela Universidade de Limoges (França). Professora do curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Coordenadora do Núcleo de Direito, Marxismo e Meio Ambiente (NUDMARX), da UFSM. E-mail: biabr@hotmail.fr

**** Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Professora do curso de Direito da Universidade Franciscana (UFN). Integrante do Grupo de Pesquisa Teoria Jurídica no Novo Milênio, da UFN. E-mail: rosanebterra@yahoo.com.br

ABSTRACT

The advent of capitalism in modernity inaugurates a stage of substantial changes in the world scenario. In this context, unequal relations between the States causes a dichotomous rupture between global center and periphery. Capitalist imperialism, synthesis of these relations, presents various “dimensions” as a political and an economical one. In its turn, an analysis of the role of Law in international relations suggest that imperialism also has a legal dimension that supports or consubstantiates it. In view of this, it is questioned: based on a marxist theory of International Law and from the consideration of capitalist imperialism as a multidimensional phenomenon of domination and dependence, how can a juridical dimension of imperialism be understood? In order to answer such question, it is used the historical-dialectical materialist method of approach, the historical procedure method and the technique of bibliographical research. Therefore, it aims to comprehend the legal dimension of capitalist imperialism, through the marxist critique of International Law and international political economy. The results obtained reveal that the normative content of International Law can be changed along with the class struggle and, for that, can be compromised with imperialism or assume non-hegemonic shapes. Still, they point that the legal form that grounds Law and its international branch it's a necessary condition for the maintenance and reproduction of the international relations in a global social capitalist formation. The relevance of this article resides in the updating of the marxist critique to law, applying it to the international legal branch, while the originality comes from its interdisciplinarity and the methodology employed.

Keywords: Capitalism. International Law. Imperialism. Marxism.

1. INTRODUÇÃO

A gradativa transição do modo de produção feudal na Europa ao modo de produção capitalista e a generalização global deste são aspectos fundamentais para uma explicação da constituição do capitalismo na modernidade. Estabelecido e tornado hegemônico, o capitalismo desenhou os contornos das relações entre os Estados e, nos últimos dois séculos, também entre orga-

nizações internacionais (OI) e empresas transnacionais.

Isso ocorreu porque os arranjos socioprodutivos e comerciais capitalistas demandaram o estabelecimento de relações internacionais que viabilizassem a sua dinâmica. Por sua vez, tais relações espelham as assimetrias entre os atores internacionais, sobretudo entre os Estados, resumindo-se em uma confluência de poderes políticos e econômicos que dividiram o mundo em regiões centrais e periféricas¹, em uma perspectiva dicotômica.

Nesse cenário, o imperialismo, objeto de análise deste artigo, traduz-se enquanto expressão de uma economia política de dominação e dependência. Às vezes, sua orientação econômica apresenta-se em primeiro plano enquanto, por outras, sua faceta geopolítica o faz. Contudo, há sempre uma imbricação, em algum grau, aparente ou não, entre esses aspectos.

Assim, o imperialismo apresenta-se enquanto relação complexa e “multidimensional”, composta por “dimensões”, como a política e a econômica. No entanto, cumpre destacar, que sua separação em dimensões possui fins analíticos, porquanto o imperialismo se apresenta, no plano concreto, de modo indivisível.

Uma análise do papel do Direito nas relações internacionais sugere, pela função deste em prol de questões relacionadas com a manutenção do status privilegiado do centro global, que o imperialismo possui, também, uma dimensão jurídica. Nesse sentido, vertentes teóricas distintas contribuem para tal associação, como a de cunho marxista.

Com base na crítica ao Direito, nos termos da formulação de Evgeni Pachukanis (fundamentada nos escritos de Karl Marx), torna-se possível, ainda, uma crítica específica ao ramo jurídico internacional. Com isso, possibilita-se uma aproximação entre a percepção marxista do imperialismo e do Direito Internacional.

Cabe referir que a abordagem pachukaniana é uma das diferentes abordagens marxistas do Direito Inter-

1 Para a presente pesquisa, a distinção entre centro e periferia global abrange, para além de critérios tradicionais de análise e classificação dos Estados, como condição de desenvolvimento econômico e Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), a verificação em cada caso de fatores relativos à sua posição nas relações internacionais. São esses: nível de influência, alcance da soberania estatal e grau de autodeterminação. É recorrente que estudos situem os Estados Unidos da América e países europeus no centro e, por outro lado, países latino-americanos, africanos e asiáticos na periferia.

nacional. De acordo com esse viés, o Direito e, portanto, o Direito Internacional, deve ser encarado como forma social específica, que surge e se desenvolve em concomitância à dinâmica capitalista, o que conduz ao questionamento do papel que desempenha nas relações internacionais sob esse sistema.

À vista do exposto, questiona-se: com base em uma teoria marxista do Direito Internacional, bem como da consideração do imperialismo capitalista enquanto relação multidimensional de dominação e dependência, como pode ser compreendida a dimensão jurídica do imperialismo? Para responder tal questão, o referencial teórico utilizado será marxista, tanto para o entendimento crítico do Direito e de seu ramo internacional quanto para a interpretação do imperialismo capitalista.

A escolha por esse referencial se dá em razão da capacidade da teoria marxista para a explicitação das engrenagens que movem o capitalismo e o desvelar de suas contradições sistêmicas. Destaca-se que há diversas contribuições significativas de teóricos marxistas acerca do imperialismo, em contraste com uma quantidade reduzida, porém, emergente e qualificada, de obras de pesquisadores que buscam, no legado teórico de Marx, formas de desvelar as imbricações entre o Direito e o capitalismo.

Como objetivo geral, almeja-se compreender a dimensão jurídica do imperialismo capitalista, por intermédio da crítica marxista ao Direito Internacional e à economia política internacional. Para tanto, emprega-se o método de abordagem materialista histórico-dialético.

O materialismo histórico-dialético fundamenta-se na premissa materialista de que os processos históricos se sucedem com base nas condições e nas necessidades materiais, bem como na afirmação de que isso se dá de modo dialético, por meio da superação de contradições em movimento. Assim, a escolha de tal abordagem importa na condução da pesquisa fundada em uma perspectiva crítica ao que, usualmente, é dado como natural e/ou imutável.

Ademais, adota-se o método de procedimento histórico, considerando-se a necessidade de situar, temporalmente, as relações internacionais e seus desdobramentos político-econômicos e jurídicos. Como técnica de pesquisa, utiliza-se a pesquisa bibliográfica, por intermédio de documentação indireta, como meio de embasamento a partir do avanço teórico-científico já existente.

Sequencialmente, o artigo encontra-se estruturado

em três partes. Na primeira, busca-se uma definição do imperialismo, demonstra-se seu aspecto multidimensional e explicitam-se duas dessas dimensões, nomeadamente a política e a econômica, utilizando-se de casos paradigmáticos².

Na segunda parte, analisam-se elementos metodológicos para uma teorização marxista do Direito e, posteriormente, expõem-se características centrais dessa teoria. Por seu turno, na terceira parte, compreende-se a relação entre imperialismo e Direito Internacional, isto é, a dimensão jurídica do imperialismo, com fundamento na forma jurídica e no conteúdo normativo.

2. IMPERIALISMO: ENTRE DIFERENTES CONCEITOS E INTERPRETAÇÕES

Ao tratar do conceito de imperialismo, deve-se reputar que este apresenta um caráter polissêmico e que suas diferentes significações complicam a sua utilização de maneira explicativa, frequentemente tornando-a polêmica e desconsiderando seu aspecto analítico³. Isto significa que estabelecer uma conceituação para o imperialismo não é simples devido ao fato de se tratar de uma categoria controversa⁴.

À vista disso, propõe-se entender, sumariamente, três questões fundamentais: a) a relação entre imperialismo e capitalismo; b) a distinção entre o imperialismo antes da modernidade e após; c) quais são as principais matrizes teóricas que tratam da questão. A partir dessas etapas, será possível traçar um entendimento adequado do imperialismo, que norteará a pesquisa.

Desde já, cabe mencionar que não se trata de uma tentativa de exaurir a discussão em torno do imperialismo, mas sim de abordar as principais teorias e explicitar a opção conceitual adotada. Posteriormente, será possível compreender, de maneira contextualizada, as dimensões que o imperialismo comporta.

2 Os casos paradigmáticos consistem em padrões exemplificativos. A seleção desses casos para esta pesquisa se deu de acordo com a possibilidade que possuem de servir como apoio fático à pesquisa bibliográfica, da qual extrai-se um arcabouço teórico reflexivo e crítico, que não deve estar descolado da interpretação da realidade concreta.

3 HARVEY, David. *O novo imperialismo*. 8. ed. São Paulo: Loyola, 2014.

4 MIÉVILLE, China. *Between equal rights: a marxist theory of International Law*. Leiden: Brill, 2005.

2.1. Em busca de uma definição do Imperialismo

A primeira questão proposta para uma tratativa acerca do que é, de fato, o imperialismo, constitui a relação entre imperialismo e capitalismo. No panorama global, é preciso reconhecer que o capitalismo consiste na primeira estruturação organizacional de cunho econômico e social com tendência mundial⁵.

Isso decorre da tendência contínua do capitalismo nacional à sua internacionalização com a finalidade de generalizar-se de modo transfronteiriço, o que é fundamental em uma formação social capitalista⁶. Karl Marx não deixou de atentar para isso na medida em que compreendeu o capitalismo como um processo civilizatório de amplitude global⁷.

A partir disso, depreende-se que o modo de produção capitalista (principal aspecto que define o sistema correspondente) é um divisor histórico em relação aos modos de produção passados, que não apresentaram um caráter transfronteiriço tão extremado. O imperialismo se desenvolveu, assim, ao longo da consolidação do modo de produção capitalista, sobretudo no âmbito do capitalismo monopolista, apresentando diversas características e efeitos.

De modo amplo, “[o imperialismo se refere] simplesmente a qualquer relação de dominação ou controle efetivo, político ou econômico, direto ou indireto, de uma nação sobre outra”⁸. Porém, não se deve confundir o imperialismo com outros conceitos básicos que estão diretamente conectados com as relações internacionais sob a sistemática capitalista.

Nessa senda, a afirmação da soberania dos Estados e a dependência econômica interestatal não são sinônimos do imperialismo, em que pese estejam conectados. Assim, “a noção de dependência não substitui a de imperialismo; ao contrário, uma se desdobra na outra, integrando-se ambas tanto empírica quanto teoricamente”⁹. De mesmo modo, a soberania, ou a sua

flexibilização, em prol da acumulação e reprodução do capital, conectam-se com a ocorrência do imperialismo na contemporaneidade.

Por derradeiro, frisa-se que sempre ocorreu um exercício desigual da soberania no capitalismo, sendo a afirmação da soberania maior nas nações imperialistas, em contraposição com as dependentes ou periféricas, em que se apresenta de forma reduzida¹⁰. Esta é uma questão crucial, pois, formalmente, a soberania é reconhecida de modo semelhante para os diferentes Estados, em que pese no plano material o seu exercício ocorra de modo assimétrico.

Para além, é preciso destacar que a reprodução do capital ao longo da história contemporânea corresponde à repetição do ciclo do capital industrial e que, no estágio do capitalismo financeiro, a sua acumulação assume novos contornos¹¹. Essa reprodução do capital tem se amparado em diversos fatores, como a exploração da força de trabalho e de matérias-primas, a propriedade privada dos meios de produção e a divisão social, sexual, racial e internacional do trabalho etc.

Todos os fatores elencados, além de outros que poderiam ser acrescentados, não se encontram isolados em uma lógica local na sistemática capitalista. Estes integram uma estrutura capitalista predominante, cuja determinação é supralocal, pois nesta o grau de determinação macroeconômico é aumentado¹².

Nesse âmbito supralocal, a política externa de algumas nações interfere, diretamente, nos assuntos econômicos internos de outras. Há uma relação direta entre a política externa adotada pelos países e os interesses econômicos domésticos e estrangeiros que se beneficiam

Civilização Brasileira, 1988. p. 139.

10 OSORIO, Jaime. *O Estado no centro da mundialização: a sociedade civil e o tema do poder*. São Paulo: Outras Expressões, 2014.

11 É necessário assinalar que o objetivo primordial da acumulação é o aumento da taxa de lucro e que todos os demais se filiam a esse. Dessa maneira, em que pese o processo de acumulação se desenvolva, seu escopo permanece constante. Conforme: FOLADORI, Guillermo; MELAZZI, Gustavo; KILPP, Renato. *A economia da sociedade capitalista e suas crises recorrentes*. São Paulo: Outras Expressões, 2016.

12 De acordo com Milton Santos, no capitalismo “cada lugar é, ao mesmo tempo, objeto de uma razão global e de uma razão local, convivendo dialeticamente”. Contudo, o referido autor admite que a ordem global intenta a imposição de uma única racionalidade à totalidade do globo. Essa racionalidade não é, senão, a lógica do capital, centrada na reprodução de suas relações exploratórias características. Conforme: SANTOS, Milton. *A natureza do espaço: técnica e tempo, razão e emoção*. 4. ed. São Paulo: EDUSP, 2014. p. 339.

5 OSORIO, Jaime. *O Estado no centro da mundialização: a sociedade civil e o tema do poder*. São Paulo: Outras Expressões, 2014.

6 BUKHARIN, Nikolai Ivanovitch. *A economia mundial e o imperialismo: esboço econômico*. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

7 IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

8 COHEN, Benjamin J. *A questão do imperialismo: a economia política da dominação e dependência*. Rio de Janeiro: Zahar, 1976. p. 21.

9 IANNI, Octavio. *Imperialismo na América Latina*. Rio de Janeiro:

ou restam prejudicados. A partir de então, o imperialismo pode ser entendido nesse contexto da globalização do capital como uma forma de garantir hegemonia e poder econômico.

À vista do exposto, até o momento, depreendem-se algumas constatações preliminares. Entre estas, tem-se que, no capitalismo, o imperialismo se conecta com: a) tendências de dependência econômica pautadas pela produção e circulação mercantil; b) políticas internacionais de subjugação adotadas por Estados; c) a igualdade formal e a desigualdade material entre as nações; d) o exercício desigual da soberania; e) a acumulação e a reprodução do capital.

Para além, é preciso compreender que o imperialismo pode apresentar diferentes significados de acordo com o período histórico tratado. Nessa senda, tem-se que dinâmicas de imperialismo existem desde os modos de produção pré-capitalistas¹³.

Acerca da distinção proposta entre o imperialismo anterior e posterior à modernidade, nota-se que Bukharin critica as proposições para um entendimento linear do que poderia ser considerado como imperialismo ao longo da história. Segundo ele, para se compreender um estágio específico de uma categoria como o imperialismo, é necessário entendê-la com base em suas características particulares, distinções e condições próprias que a circundam¹⁴.

Em atenção ao materialismo histórico-dialético, não se pode desconsiderar as concretas e contraditórias relações de conquista e subjugação no passado, sob pena de não ser possível verificar a especificidade do imperialismo atual. Assim, ao romper com uma linearidade histórica que despreza as modificações estruturantes de cada formação social a partir de seu modo de produção característico, torna-se possível traçar um percurso adequado do imperialismo antes e após a modernidade.

Na antiguidade, a manifestação do imperialismo se dava por intermédio do alcance de um poder diferenciado, ocasionado ou não por meio de ação militar direta, que possibilitava a expansão das cidades-Estado pelo fluxo de bens estabelecido. Nesse contexto, o potencial militar era uma maneira de constituir e garantir o poder¹⁵.

A Macedônia, sob o reinado de Alexandre, o grande (336 a.C - 323 a.C), e o Império Romano (27 a.C - 476 d.C) exemplificaram o imperialismo na antiguidade, em razão de seus aspectos militaristas, das suas expansões territoriais e de seus ganhos materiais. No caso da Macedônia e do Império Romano, suas extensões territoriais chegaram a se estender por grande parte da Europa central e mediterrânea, pelo norte da África, bem como pelo Oriente Médio.

Assim, tem-se o desenvolvimento do imperialismo desde a antiguidade até a modernidade, em uma análise geral, com primazia nos interesses territoriais. A distinção passa a ocorrer na modernidade pois, invariavelmente, o imperialismo se conecta com a forma política estatal, mesmo sob diferentes composições¹⁶, além de assumir novos objetivos centrais.

Precisamente, David Harvey estabelece a distinção fundamental entre o imperialismo pré-capitalista e o imperialismo no capitalismo. O autor afirma que “o que distingue o imperialismo capitalista de outras concepções de império é que nele predomina tipicamente a lógica capitalista, embora [...] haja momentos em que a lógica territorial venha em primeiro plano”¹⁷.

Ao tratar de predominância, resta claro que as lógicas capitalista e territorial coexistem e relacionam-se. Com fundamento no conceito de lógica capitalista, expressa-se o aspecto econômico da acumulação e da reprodução do capital, que se associa com a dominação geopolítica e que, portanto, segue, também, uma lógica territorial no âmbito global.

A partir dessa distinção, passam-se a analisar, brevemente, algumas matrizes teóricas que versam acerca da questão imperialista na modernidade. À vista de uma definição, diferentes teorias marxistas sobre o imperialismo tomaram forma, como nas obras de Rudolf Hilferding, Lenin, Rosa Luxemburg, Nikolai Bukharin e Karl Kautsky — expoentes do marxismo no que se refere à matéria.

Para Duménil, Löwy e Renault¹⁸, “o conceito moderno [do imperialismo] aparece no século XX, com a

13 MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013.

14 BUKHARIN, Nikolai Ivanovitch. *A economia mundial e o imperialismo*: esboço econômico. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

15 GUARINELLO, Norberto Luiz. *Imperialismo greco-romano*. São

Paulo: Ática, 1991.

16 MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013.

17 HARVEY, David. *O novo imperialismo*. 8. ed. São Paulo: Loyola, 2014. p. 36.

18 DUMÉNIL, Gérard; LÖWY, Michael; RENAULT, Emmanuel. *100 palavras do marxismo*. São Paulo: Cortez, 2015.

obra pioneira de John Atkinson Hobson, *Imperialismo* (1910), que destaca a relação entre a dinâmica imperialista e a passagem do capitalismo de livre concorrência ao capitalismo monopolista”. Ainda, importa mencionar a obra *O Capital Financeiro* (1910) de Hilferding, que ergueu a base teórica sobre a qual Luxemburg, Kautsky, Bukharin e Lenin teorizaram acerca do imperialismo¹⁹.

Para Lenin, o imperialismo deve ser considerado como uma “nova etapa do desenvolvimento capitalista, caracterizada pelo aparecimento de monopólios; do capital financeiro; da exportação de capitais; da formação de monopólios internacionais, e da luta constante pela partilha do mundo entre as grandes potências”²⁰. Nesse sentido, Lenin obteve êxito ao associar o imperialismo com tendências do capitalismo que importaram em modificações substanciais na economia política global.

Para ele, “o capitalismo transformou-se em imperialismo”²¹. Tal constatação denota que, com base no desenvolvimento do capitalismo, emergiram condições concretas que deram forma a um imperialismo dotado de especificidade histórica.

Em outro sentido, para Rosa Luxemburg, “o imperialismo é a expressão política da acumulação de capital, de sua luta para apoderar-se das áreas não capitalistas ainda disponíveis [...]”²². Contudo, isso não implica a existência de uma sociedade capitalista isolada, em concomitância com outra não capitalista, mas significa que há meios ainda não mercantilizados dentro de um todo econômico²³. A definição de imperialismo dada pela autora é apropriada por compreender como o imperialismo se associa com a solução do problema de sobreacumulação²⁴ do capital²⁵.

19 LEITE, Leonardo de Magalhães. Sobre as teorias do imperialismo contemporâneo: uma leitura crítica. *Economia e Sociedade*. Campinas, v. 23, n. 2, p. 507-534, ago. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ecos/v23n2/0104-0618-ecos-23-02-0507.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2018.

20 SALDANHA, Eduardo. *Teoria das Relações Internacionais*. Curitiba: Juruá, 2006.

21 LENIN, Vladimir Ilitch. *O imperialismo: estágio superior do capitalismo*. São Paulo: Expressão Popular, 2012. p. 44.

22 SALDANHA, Eduardo. *Teoria das Relações Internacionais*. Curitiba: Juruá, 2006.

23 LUXEMBURG, Rosa. *A acumulação do capital: estudo sobre a interpretação econômica do imperialismo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

24 Conforme a definição de David Harvey, a sobreacumulação “é uma condição em que excedentes de capital (por vezes acompanhados de excedentes de trabalho) estão ociosos sem ter em vista escoadouros lucrativos”. Conforme: HARVEY, David. *O novo imperialismo*. 8. ed. São Paulo: Loyola, 2014. p. 124.

25 HARVEY, David. *O novo imperialismo*. 8. ed. São Paulo: Loyola,

Após o término do período colonial²⁶, por exemplo, o imperialismo assumiu a tarefa de manter, na medida do possível, os ganhos econômicos provenientes das colônias em razão de sua exploração²⁷. Porém, conservar os benefícios econômicos não foi suficiente em longo prazo e, diante da sobreacumulação de capital, novos processos se desenvolveram e é preciso pensar em um “novo imperialismo”.

Nesse sentido, destaca-se o pensamento de David Harvey, que dispõe acerca de um imperialismo adaptado a uma dinâmica que remete a uma espécie de acumulação primitiva contemporânea, isto é, o imperialismo da acumulação por espoliação. Essa modalidade resume-se na liberação de meios de produção a baixo custo, para emprego do capital sobreacumulado e geração de lucro²⁸.

Para a compreensão do desenvolvimento teórico de Harvey sobre a questão, Márcio Morais Brum²⁹ aponta soluções dadas pelo capital ao problema da sobreacumulação:

a sobreacumulação num dado sistema territorial consiste em uma situação de excedentes de trabalho (desemprego em elevação) e excedentes de capital (acúmulo de mercadorias que não pode ser dissolvido sem uma perda; capacidade produtiva ociosa; ou excedentes de capital monetário a que faltam oportunidades de investimento produtivo e lucrativo), que podem ser absorvidos das seguintes maneiras: a) pelo deslocamento temporal mediante investimentos em projetos de longo prazo ou gastos sociais, para uma futura reentrada em circulação de valores de capital; b) pelo deslocamento espacial por meio da abertura de novos mercados, novas

2014.

26 O período colonial foi marcado pelo papel ativo de países europeus colonizadores, desde a chamada Era das Grandes Navegações, inaugurada por Portugal e Espanha no século XV, tendo-se estabelecido um novo padrão de controle mundial a partir da colonização da América Latina, de acordo com Anibal Quijano. Ao longo dos séculos, o colonialismo envolveu domínio e exploração no âmbito de regiões da América, da África, da Ásia e da Oceania. No decorrer do século XIX alguns movimentos de independização tomaram forma, apesar de o fim do colonialismo ter ocorrido somente na segunda metade do século XX. Conforme: QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e Ciências Sociais. Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

27 MAGDOFF, Harry. *A era do imperialismo*. São Paulo: Hucitec, 1978.

28 HARVEY, David. *O novo imperialismo*. 8. ed. São Paulo: Loyola, 2014.

29 BRUM, Márcio Morais. *Imperialismo e novo constitucionalismo na América Latina: a questão da terra em Bolívia e Equador*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria. p. 30.

capacidades produtivas e novas possibilidades de recursos, sociais e de trabalho, em outros lugares; ou c) por alguma combinação de “a” e “b”.

Compreendidas as características da acumulação por espoliação, menciona-se que, independentemente das variações entre as teorias do imperialismo expostas, elas comunicam-se em alguma medida. As teorias abordadas convergem no entendimento de que “o imperialismo refere-se, especificamente, àquele tipo de relações internacionais caracterizadas por uma *assimetria* particular — a assimetria de *dominação* e *dependência*”³⁰.

Considerando-se o exposto, adota-se o entendimento do imperialismo nos termos propostos por Harvey, de acordo com a perspectiva da acumulação por espoliação. Ademais, com base nos moldes dessa teoria, trata-se do imperialismo enquanto sinônimo de relações internacionais de dominação e dependência.

Sequencialmente, passa-se a discorrer sobre as dimensões do imperialismo, especialmente a política e a econômica. Posteriormente, será possível traçar uma conexão com o Direito e compreender aquilo que se propõe chamar de dimensão jurídica do imperialismo.

2.2. As dimensões do imperialismo: política e econômica

Nesse momento, é de fácil constatação que o imperialismo não pode ser entendido, apenas, como uma relação política que envolve a sobreposição de poderes entre os Estados, tampouco como uma relação econômica para a acumulação e reprodução do capital. Há, inevitavelmente, uma relação entre o político e o econômico (mas não somente), que constituem o que se pode considerar como dimensões do imperialismo.

Para Mascaro³¹, “tomado em sentido lato, o imperialismo consiste na hierarquização dos espaços políticos e econômicos mundiais”. De fato, o imperialismo comumente é compreendido com base nessas duas dimensões fundamentais, que serão objeto de análise a seguir.

Isso não significa, tendo em vista o materialismo histórico-dialético, uma desconsideração de que todas as dimensões que o imperialismo apresenta são indivi-

síveis. Contudo, importa em um desenvolvimento teórico com significativo valor, pois possibilita uma análise capaz de desvelar aspectos particulares frequentemente ocultos e reafirmar a existência de um todo estruturado.

A primeira das dimensões a se discorrer a respeito refere-se à dimensão política do imperialismo. Sabe-se que o imperialismo se dá por intermédio do desempenho de relações de poder, através de políticas externas, no panorama geopolítico internacional. Poder (político), nesse caso, é uma palavra-chave para um entendimento adequado da conflitualidade que permeia as relações entre os Estados.

Insta advertir que “o poder político de cada Estado não pode ser confundido, contudo, com o emprego puro e simples da força [...]”³². É certo, assim, compreender que a ingerência de determinadas nações sobre outras se associa com a sua capacidade de influência, imposição ou coerção. Coercitivamente, por exemplo, nações subjagam outras a atender aos seus interesses, o que pode se dar sem o uso efetivo da força.

Anteriormente ao capitalismo, o poder (que não era centralizado nos Estados como passou a ser) se manifestava, sobretudo, por meio do uso da força — ou de sua possibilidade — como forma de coerção. Sob a sistemática capitalista, a força segue sendo um dos elementos constitutivos das relações de poder, mas essas relações tornam-se mais sofisticadas — para além da ameaça direta ou do uso imediato da força no plano concreto — na medida em que se institui uma pluralidade de Estados e, por conseguinte, aparelhos jurídicos estatais interconectados.

Em razão do surgimento dos Estados no capitalismo, “abre-se a separação entre o domínio econômico e o domínio político”³³ e então passa a haver dirigentes políticos diferentes daqueles proprietários que detêm os meios de produção. Antes disso, no feudalismo o poder político “estava abertamente ao serviço dos interesses econômicos da classe dominante: os proprietários da terra eram, sem qualquer intermediação, titulares do poder político, que utilizavam para dirigir a economia [...]”³⁴.

32 BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional clássica: aspectos históricos e teóricos*. Ijuí: Editora Unijuí, 2011. p. 65.

33 MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013. p. 17.

34 NUNES, Antônio José Avelãs. Propriedade, direito e Estado. In: BELLO, Enzo; LIMA, Letícia Gonçalves Dias; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; AUGUSTIN, Sérgio (org.) *Direito e marxismo*:

30 COHEN, Benjamin J. *A questão do imperialismo: a economia política da dominação e dependência*. Rio de Janeiro: Zahar, 1976. p. 20.

31 MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013. p. 101.

Como exemplo do apresentado, na atualidade, “devido à sua situação de centro imperialista dominante, a fração avançada do capital nos Estados Unidos pode impor sua hegemonia na aliança das classes dirigentes”³⁵ e, especialmente sobre a periferia global. Isso significa que, embora haja uma separação aparente entre os poderes político e econômico, segue havendo uma relação intrínseca entre os seus detentores.

Na sequência, alguns casos paradigmáticos serão abordados enquanto sustentação empírica da teorização da dimensão política do imperialismo. O primeiro consiste na Doutrina Monroe e os demais, aos quais se dará uma breve atenção, consistem em guerras travadas pelos EUA.

Acerca da Doutrina Monroe, José Luís Fiori³⁶ dispõe o seguinte:

anunciada em dezembro de 1823, foi uma declaração política destinada às Grandes Potências, e sem maior consideração pela vontade política dos novos estados recém-criados na América espanhola e portuguesa. Mas, pelo seu lado, os europeus simplesmente desconhecaram o discurso de Monroe, enquanto os ingleses tentavam ridicularizá-lo [...] Logo em seguida do discurso de Monroe, os governos da Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e México solicitaram a intervenção americana a favor de suas posições e receberam a mesma resposta negativa, ficando clara a importância da Inglaterra como verdadeira autora e avalista da Doutrina Monroe que só passou de fato às mãos americanas, no momento em que os Estados Unidos acumularam o poder indispensável para sustentar suas posições internacionais, e isto só ocorreu no final do século XIX.

À vista disso, tem-se que a Doutrina Monroe consistiu em uma investida política de cunho imperialista operada pelos Estados Unidos da América (EUA), por intermédio de um discurso contrário ao colonialismo e à ingerência europeia nas Américas. Ao fim, o interesse estadunidense era expansionista, no sentido de garantir uma ampla dominação continental e fortalecer-se por meio da submissão das antigas colônias europeias aos interesses de Washington.

Para além, durante a Guerra Fria, as relações internacionais foram marcadas por uma disputa “bipolar”

entre EUA e URSS³⁷. Nesse contexto, emergiram “guerras por procuração”, ocorridas em territórios não pertencentes a tais potências, mas que contavam com o envolvimento destas e serviam como forma de atender a interesses diversos, bem como de demonstrar poder na disputa política entre sistemas antagônicos (capitalismo e socialismo).

De acordo com Fiori³⁸, o desenvolvimento capitalista dos Estados Unidos não é obra exclusiva das suas grandes corporações privadas, mas decorre, também, das suas intervenções estatais e das guerras travadas. Para o alcance de sua condição de potência hegemônica unipolar, sua política externa passou a ser marcada por uma orientação bélica, que, na história recente, pode ser vista em casos como a Guerra da Coreia (1950-1953), a Guerra do Vietnã (1955-1975), a Guerra do Golfo (1990-1991), a Guerra do Afeganistão (2001-presente) e a Guerra do Iraque (2003-2011).

A respeito da Guerra da Coreia, esta foi aprovada pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas (sem a presença da URSS) e, embora aparentasse se tratar de uma ação conjunta, foi de fato uma ação estadunidense. A Guerra do Golfo, por sua vez, sequer pode ser caracterizada enquanto ação da ONU, mas tão somente enquanto operação dos EUA autorizada pela referida organização internacional³⁹.

Nesses casos, nota-se que o Conselho de Segurança da ONU, que será tratado de forma específica na terceira parte deste trabalho, juntamente à Carta das Nações Unidas, demonstrou-se conivente. Isso significa que a dimensão política do imperialismo se impõe mesmo diante de OIs que concedem uma aparência democrática à governança global, como a ONU.

Ademais, ainda no contexto da Guerra Fria, os Estados Unidos desempenharam importante papel no estabelecimento de ditaduras na América Latina, por intermédio da Doutrina da Segurança Nacional (DSN), que também evidencia sua orientação política imperialista.

tendências atuais. Caxias do Sul: EDUCS, 2012. p. 17.

35 AMIN, Samir. *A crise do imperialismo*. Rio de Janeiro: Graal, 1977. p. 130.

36 FIORI, José Luís. O poder global dos Estados Unidos: formação, expansão e limites. In: FIORI, José Luís (org.). *O poder americano*. Petrópolis: Vozes, 2004.

37 FERNANDES, Luis. *A revolução bipolar: a gênese e a derrocada do socialismo soviético*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2017.

38 FIORI, José Luís. O poder global dos Estados Unidos: formação, expansão e limites. In: FIORI, José Luís (Org.). *O poder americano*. Petrópolis: Vozes, 2004.

39 RIBEIRO, Manuel de Almeida; FERRO, Mónica. *A Organização das Nações Unidas*. 2. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 2016.

Conforme apontam Padrós⁴⁰ e Gallo⁴¹, os preceitos da DSN envolviam: a) o enfrentamento a um suposto comunismo em escalada; b) a substituição da figura do “inimigo externo” para a do “inimigo interno” no âmbito dos Estados; c) o alinhamento econômico a um novo modelo de desenvolvimento.

Para além, resta abordar a dimensão econômica do imperialismo, a qual já pode ser percebida de antemão por intermédio do terceiro preceito elencado da DSN. Essa dimensão se evidencia na medida em que os Estados influenciam as relações internacionais de modo a garantir o seu status privilegiado de desenvolvimento, por meio de ganhos econômicos para si e para a sua elite nacional.

Isso pode ocorrer de maneira predominante ou secundária nas relações imperialistas, considerando-se a multidimensionalidade proposta e a interconexão entre política e economia. Dois notórios exemplos da dimensão econômica do imperialismo serão abordados a seguir: os acordos de Bretton Woods (1944-1971) e o Consenso de Washington (1989).

A Conferência de Bretton Woods foi responsável pela origem de instituições (Fundo Monetário Internacional e Banco Mundial) e normas (taxas cambiais fixas e mecanismos para alterá-las) que deram forma a um novo sistema monetário internacional. Isso ocorreu sob uma percepção compartilhada pela comunidade internacional acerca dos EUA como potência em um contexto de enfraquecimento dos países europeus em 1944 em face da guerra⁴².

Ricardo Dathein⁴³, acerca da vantagem obtida pelos

EUA, com base nos acordos de Bretton Woods, versa que:

nos primeiros anos (aproximadamente até 1960), o padrão de Bretton Woods foi amplamente benéfico para a economia dos EUA. A transferência de dólares para a Europa permitiu compras de bens e serviços dos EUA, gerando saldos comerciais favoráveis e baixo desemprego, quase sem inflação. As empresas multinacionais aumentaram o poderio econômico dos EUA, e sua capacidade bélica cresceu muito com a instalação de bases militares por todo o mundo. Portanto, houve uma conjugação de hegemonia econômica, militar e política, que pode ser chamada de *Pax Americana*.

Portanto, percebe-se que Bretton Woods foi, do ponto de vista econômico, um dos fundamentos para a manutenção de uma posição privilegiada pelos Estados Unidos durante parte do século passado. O imperialismo, nesse caso, reside na configuração de um sistema monetário internacional pensado a partir do centro global e em benefício deste, que aumentou a dominação dos EUA e a dependência das regiões periféricas.

Por sua vez, o Consenso de Washington adveio de um encontro organizado pelo Instituto de Economia Internacional, que reuniu funcionários do governo estadunidense, do Fundo Monetário Internacional (FMI), do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e economistas latino-americanos. Nesse encontro, foram apontadas soluções para os problemas econômicos, por meio de contenção dos gastos públicos, abertura ao capital estrangeiro e privatização generalizada⁴⁴.

Desse modo, o Consenso de Washington serviu como cânone neoliberal, uma vez exportadas as suas diretrizes. As medidas de austeridade fiscal conduzem, em longo prazo, ao sucateamento de empresas estatais e, portanto, à viabilidade de sua privatização. Enquanto isso, a abertura ao capital estrangeiro encerra a lógica “neoliberalista” na medida em que disponibiliza meios para a acumulação por espoliação.

Como pode-se compreender neste momento, “se o capitalismo vem passando por uma dificuldade crôni-

40 PADRÓS, Enrique Serra. História do tempo presente, ditaduras de segurança nacional e arquivos repressivos. *Tempo e Argumento*, v. 1, n. 1, p. 30-45, jan/jul, 2009. Disponível em: <http://200.19.105.203/index.php/tempo/article/view/708/599>. Acesso em: 10 nov. 2018.

41 GALLO, Carlos Artur. Um acerto de contas com o judiciário argentino. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, v. 33, n. 97, p. 01-04, 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v33n97/0102-6909-rbcsoc-33-97-e339715.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2018.

42 DATHEIN, Ricardo. Sistema monetário internacional e globalização financeira nos sessenta anos de Bretton Woods. *Revista da Sociedade Brasileira de Economia Política*. Rio de Janeiro, n. 16, p. 51-73, jun. 2005. Disponível em: <https://geovest.files.wordpress.com/2013/04/sistema-monetc3a1rio-internacional-e-globalizac3a7c3a3o-financeira-nos-sessenta-anos-de-bretten-woods.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2018.

43 DATHEIN, Ricardo. Sistema monetário internacional e globalização financeira nos sessenta anos de Bretton Woods. *Revista da Sociedade Brasileira de Economia Política*. Rio de Janeiro, n. 16, p. 51-73, jun. 2005. Disponível em: <https://geovest.files.wordpress.com/2013/04/sistema-monetc3a1rio-internacional-e-globalizac3a7c3a3o-financeira-nos-sessenta-anos-de-bretten-woods.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2018.

7c3a3o-financeira-nos-sessenta-anos-de-bretten-woods.pdf. Acesso em: 08 nov. 2018. p. 55.

44 CAMPAGNARO, Yuri Gabriel. *Capital-imperialismo e neoliberalismo: um estudo da reforma financeira e da privatização dos bancos estaduais do Brasil na década de 1990*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

ca de sobreacumulação [...], então o projeto neoliberal de privatização de tudo faz muito sentido como forma de resolver o problema”⁴⁵. Assim, a teorização acerca da dimensão econômica do imperialismo demonstra-se justificada pela sua aproximação com a realidade fática.

Portanto, conclui-se, momentaneamente, que um Estado, ao adotar uma postura relacional imperialista com outro(s), está em busca da afirmação ou da manutenção de sua hegemonia e dá causa a eventos que lhe garantem benefícios econômicos (direta ou indiretamente). Havendo sobreacumulação de capital, possibilita-se, assim, a acumulação por intermédio da espoliação e ampliam-se os laços de dominação e dependência entre centro e periferia global.

Para além de suas manifestações políticas, econômicas e de violência, que não bastam para caracterizar o imperialismo, há também outros fatores relevantes e que são analisados com pouca frequência⁴⁶, como o Direito. Na sequência, trata-se da crítica marxista ao Direito, a começar pelos seus elementos metodológicos, para que depois possa-se compreender a dimensão jurídica do imperialismo.

3. TEORIA MARXISTA DO DIREITO

Embora Karl Marx não tenha se preocupado em estabelecer uma teoria crítica do Direito, suas obras tratam, de forma imediata ou não, de questões jurídicas. Inclusive, o legado metodológico marxista, expresso pelo materialismo histórico-dialético, pode ser utilizado enquanto ferramenta para tanto.

O Direito é tema recorrente e explícito nos escritos que marcam a fase de juventude de Marx, como “A questão judaica” e os textos que publicou na *Gazeta Renana*⁴⁷. Contudo, é somente em “O capital”, sua obra da maturidade, que Marx fornece elementos para a compreensão da especificidade do Direito moderno, que são notadamente interpretados por Evgeni Pachukanis⁴⁸.

Em razão de sua principal obra, intitulada “A teoria geral do Direito e marxismo”, Pachukanis tornou-se o principal responsável pela sistematização do pensamento marxista em torno do Direito. Um aspecto central da concepção formulada pelo autor é a distinção entre o direito, enquanto conteúdo normativo e, em outro sentido, como forma jurídica⁴⁹.

À vista disso, procede-se com uma análise da indissociabilidade do materialismo histórico e da dialética e de sua aplicação para a compreensão do Direito, nos termos expressos por Silva e De David⁵⁰, com algumas adaptações. Posteriormente, será preciso compreender os significados assumidos pela forma jurídica e pelo direito positivo, que possibilitarão o estabelecimento de sua relação com o ramo internacional.

3.1. Elementos do materialismo histórico-dialético para uma teoria marxista do direito

O materialismo histórico-dialético (comumente denominado apenas como materialismo dialético), brevemente referido na introdução, consiste em uma formulação teórica e metodológica, advinda da conciliação entre a dialética e o materialismo-histórico. De pronto, é necessário advertir para o fato de que tais conceitos não foram tratados de forma sistematizada por Marx e Engels, apesar de suas contribuições fundamentais.

Entre os teóricos da modernidade que trataram da análise social, Hegel foi o primeiro a desviar a centralidade da análise do indivíduo, expondo uma metodologia inédita, dialética⁵¹. Desde então, a base teórica fundante para a compreensão da dialeticidade estava formada.

No entanto, a dialética hegeliana era uma dialética abstrata (por ser idealista), diferentemente da dialética concreta, proposta por Karl Marx⁵² e difundida. Em de-

45 HARVEY, David. *O novo imperialismo*. 8. ed. São Paulo: Loyola, 2014. p. 124.

46 IANNI, Octavio. *Imperialismo na América Latina*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1988.

47 NAVES, Márcio Bilharinho. *A questão do direito em Marx*. São Paulo: Outras Expressões, 2014.

48 NAVES, Márcio Bilharinho. *A questão do direito em Marx*. São Paulo: Outras Expressões, 2014.

49 PACHUKANIS, Evgeni Bronislávovich. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

50 SILVA, Maria Beatriz Oliveira da; DE DAVID, Thomaz Delgado. Movimentos sociais, direitos insurgentes e a (im)possibilidade de subversão do caráter reacionário do aparelho jurídico estatal. *Culturas jurídicas*, v. 4, n. 9, set/dez, 2017. Disponível em: <http://www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/391/196>. Acesso em: 10 nov. 2018.

51 MASCARO, Alysson Leandro. *Lições de Sociologia do Direito*. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

52 MASCARO, Alysson Leandro. *Lições de Sociologia do Direito*. 2 ed. São Paulo: Quartier

corrência do seu caráter idealista, a dialética hegeliana tem como seu ponto de partida a abstração, motivo pelo qual a realidade concreta não pode ser considerada, nessa perspectiva, como instância determinante. Assim, as contribuições de Marx consistiram em um *turning point* para a compreensão da dialética, que, posteriormente, contou ainda, com diversas outras interpretações.

Apesar de Marx tão somente ter deixado constatações espalhadas sobre a dialética, marxismos distintos conceberam-na como aspecto fundamental de sua teoria⁵³. Desde as obras de sua juventude, a exemplo da supra-mencionada “A questão judaica”, é possível perceber uma lógica dialética em seu pensamento.

Contemporaneamente, para Netto⁵⁴ a dialética (não idealista) resumidamente é “o método de pesquisa que propicia o conhecimento teórico, partindo da aparência, [e que] visa alcançar a essência do objeto”. Isso indica, ao tratar de essência (aquilo que é) e aparência (aquilo que parece ser), que a base da dialética reside em uma tese contraditada por sua negação concreta.

Com frequência, a dialética é apresentada com base em uma estrutura aparentemente simples, composta por tese, antítese e síntese. A tese representa um elemento inicial contraditório, o qual produz sua antítese, isto é, sua contradição e, por fim, gera uma síntese, que expressa a superação da tese inicial por meio da antítese.

A síntese, por sua vez, não se confunde com a antítese, que constitui etapa de condução, mas pode ser entendida como uma nova tese, contanto que seja contraditória. Em que pese esta seja uma alegoria para o entendimento do processo dialético, está longe de representar a complexidade de sua observação, sendo necessária uma análise aprofundada.

Com o intuito de elucidação, propõe-se uma conceituação expressa. Assim, tem-se que: dialética é o modo dinâmico pelo qual se sucedem processos de transformação na sociedade, caracterizados por contradições em movimento, cujas superações representam a negação antitética da negação em si. Ainda, pode ser considerada enquanto método de análise, como nesta pesquisa, diante da sua aplicação para a compreensão dos fenômenos sociais dialéticos.

Latín, 2009.

53 DUMÉNIL, Gérard; LÖWY, Michael; RENAULT, Emmanuel. *100 palavras do marxismo*. São Paulo: Cortez, 2015.

54 NETTO, José Paulo. *Introdução ao estudo do método de Marx*. São Paulo: Expressão Popular, 2011.

Com base na definição exposta, observa-se que esta resulta de uma dialética já em conformidade com o materialismo histórico, o que se tornará perceptível adiante, quando esse conceito for objeto de análise. Isto posto, deve-se, então, buscar compreender o que é materialismo, sem a pretensão de esgotar o tema, e sua relação com os processos históricos.

O materialismo, enquanto perspectiva oposta ao idealismo, surge com a crítica de Marx ao processo de conhecimento hegeliano, bem como a partir de uma oposição concreta ao pensamento de Hegel diante do Estado alemão, em 1843. Para o materialismo, tanto o ponto de partida quanto o de chegada devem corresponder à realidade concreta, com a diferença de que, no primeiro, ocorrerá a abstração dessa realidade e, no último, a realidade deve se traduzir na materialidade de maneira pensada.

A respeito do materialismo enquanto oposição ao idealismo até o materialismo histórico marxista, há, nesse ínterim, a inserção da concretude das relações sociais como aspecto basilar para a compreensão da história. A proposta que deu origem ao materialismo histórico buscava proporcionar uma base teórica capaz de interpretar o mundo, com o intuito de modificá-lo⁵⁵.

Para Callínicos⁵⁶, “o materialismo histórico pode ser observado como uma afirmação distintiva sobre os tipos de estruturas que têm primazia na explicação dos sistemas sociais, que são as forças e relações de produção”. A principal noção na qual se ampara o materialismo histórico não é a de luta de classe, ou ainda de classes em apartado, mas sim a que corresponde aos fatores concretos da vida em sociedade⁵⁷ e seus mecanismos de reprodução⁵⁸.

Assim, o materialismo histórico, enquanto conceito,

55 WOOD, Ellen Meiksins. *Democracy against capitalism: renewing historical materialism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

56 CALLINICOS, Alex. *Making history: agency, structure, and change in social theory*. 2 ed. Leiden: Koninklijke Brill, 2004. p. 40. Tradução nossa.

57 WOOD, Ellen Meiksins. *Democracy against capitalism: renewing historical materialism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

58 A constatação de Ellen Wood não desconsidera a luta de classes, mas aponta, precisamente, para as condições materiais como o aspecto fundamental para a análise do materialismo histórico. A percepção da luta de classes como elemento constitutivo do materialismo histórico conduziria a um entendimento equivocado de que este perderia sua sustentação teórica diante da abolição da divisão social em classes.

dispõe que os processos históricos se sucedem a partir das condições e das necessidades materiais. Como método, aplica-se tal noção no entendimento de fenômenos apreensíveis na área das Ciências Sociais. Acerca de sua utilização no âmbito metodológico, observa-se que:

Marx apropria-se das categorias que emanam da realidade [material] e volta a ela utilizando-as para explicar o movimento de constituição dos fenômenos, a partir de sucessivas aproximações e da constituição de totalizações provisórias, passíveis de superação sistemática, porque históricas⁵⁹.

Entendido como a dialética e o materialismo histórico são aspectos da prática social e participam do processo de conhecimento, resta explanar a indissociabilidade proposta que origina o termo materialismo histórico-dialético. Partindo-se do fato de que “a história de todas as sociedades até hoje existentes é a história das lutas de classes”⁶⁰, percebe-se que são as contradições que permitem superar cada período histórico e que isso ocorre dialeticamente, em face das contradições que envolvem o antagonismo das classes.

Na perspectiva marxista, uma análise que se utilize da dialética como método de abordagem e desconsidere o materialismo histórico estará incompleta. Da mesma forma, o materialismo histórico sem a dialética torna-se incompreensível.

Nessa senda, Henri Lefebvre e Norbert Guterman⁶¹ advogam que “a dialética somente segue sendo dialética se não se deixa fora dela o materialismo, se se une a ela”. De mesmo modo, para Callinicos, o “materialismo histórico é dialético na extensão que estruturas sociais são constituídas por contradições internas”⁶².

À vista do exposto, resta conectar o materialismo histórico-dialético com o Direito. Tal relação pode ser estabelecida por meio dos seguintes termos: a) o direito positivo é a materialidade documentada de disputas e

dissensos⁶³; b) o conteúdo do Direito modifica-se dialeticamente conforme a correlação de forças em um dado período histórico; c) há uma dialeticidade entre aquilo que o Direito é (ser) e a sua aparência (dever ser), pois o ser jurídico corresponde à sua forma e o dever ser do Direito ao seu conteúdo normativo (o que será explicado na sequência); d) a estrutura institucional e normativa do Direito corresponde ao seu aspecto material, enquanto a sua abstração decorre dessa materialidade e encontra-se no plano ideal, como as prescrições legais; e) a materialidade concreta, pelas determinações econômicas, constitui a baliza das possibilidades do Direito⁶⁴.

Considerando-se tais elementos, passa-se à análise do núcleo da crítica marxista ao Direito. Tem-se que a metodologia exposta servirá como base para uma análise que necessariamente precisa ser estruturada sob as bases do materialismo histórico-dialético, sob pena de romper com a própria concepção marxista.

3.2. Direito: entre forma jurídica e conteúdo normativo

Em retomada ao princípio da Idade Moderna, tem-se que, com a fundação dos Estados nacionais e o absolutismo na Europa, surgiram aparelhos jurídicos que podem ser considerados, em interpretação restritiva, como o primórdio do sistema normativo estatal contemporâneo. Isso porque o “Direito”⁶⁵, nas sociedades primitivas, antigas, medievais, entre outras, não é advindo da mesma fonte que o direito positivado, atrelado ao Estado capitalista, que tem a seu dispor o aparelho repressivo (sob a perspectiva althusseriana) para a garantia de seu cumprimento.

Diante dos desdobramentos desse período no campo social e econômico, a esfera jurídica passou a ser disputada por poderes opostos que visualizam nela a possibilidade de impor a sua vontade de classe. Nes-

59 PRATES, Jane Cruz. O método marxiano de investigação e o enfoque misto na pesquisa social: uma relação necessária. *Textos & Contextos*, v. 11, p. 116-128, 2012. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/fo/ojs/index.php/fass/article/view/11647/8056>. Acesso em: 08 nov. 2018. p. 117.

60 MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto comunista*. São Paulo: Boitempo, 2005. p. 40.

61 LEFEBVRE, Henri; GUTERMAN, Norbert. *Que é a dialética?* Buenos Aires: Dedalo, 1964. p. 35. Tradução nossa.

62 CALLINICOS, Alex. *Making history: agency, structure, and change in social theory*. 2 ed. Leiden: Koninklijke Brill, 2004. p. 29. Tradução nossa.

63 LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto. História constitucional e marxismo: a contribuição necessária. In: BELLO, Enzo; et al. (org). *Direito e marxismo: as novas tendências constitucionais da América Latina*. Caxias do Sul: EDUCS, 2014.

64 MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013.

65 A Teoria Pachukaniana, a qual orienta o direcionamento desta pesquisa em relação à temática que envolve Direito e marxismo, não admite a existência de direitos em sociedades não capitalistas. Isso não significa negar a existência de normas sociais que regulavam a vida em sociedade, mas importa na constatação de que o Direito advém de uma especificidade histórica capitalista.

se sentido, houve auxílio para a solidificação da cultura jurídica, pois, conforme denunciado por Engels e Kautsky⁶⁶, havia um entendimento de que “a luta da nova classe [burguesa] em ascensão contra os senhores feudais e a monarquia absoluta, aliada destes, era uma luta política [...] que deveria ser conduzida por meio de reivindicações jurídicas”.

Para além, desde o período de teorização de Marx e Engels, próximo à segunda revolução industrial — o ápice da exploração nas relações de trabalho — e a decorrente efervescência das reivindicações operárias por melhores condições de vida, o Direito em todo o globo sofreu alterações. Esse período histórico, que culminou no reconhecimento de direitos sociais, fez com que as lutas populares passassem a ser lutas por direitos, o que redundou na consolidação de Estados de bem-estar social em alguns países europeus.

Em um salto temporal, ao longo do século XX e do curto lapso temporal transcorrido desse novo milênio, variadas e substanciais transformações se sucederam no âmbito jurídico. Entre estas, cabe destacar tendências no âmbito do Direito Internacional Público que evidenciam orientações progressistas, como a proteção internacional dos direitos humanos, do meio ambiente, do trabalhador etc.

Contudo, apesar das alterações advindas do direito positivado, a essência do Direito não se alterou. Isso porque o conteúdo normativo difere da conceituação atribuída à sua forma, o que a Teoria Marxista aplicada ao Direito ajuda a compreender.

Acerca das contribuições dessa teoria, a principal está na “[...] divisão [do Direito], por um lado, em norma, e por outro, em faculdade jurídica”⁶⁷. Para os fins desta pesquisa, utiliza-se o conceito de *direito* quando relativo à *norma* (e ao seu conteúdo), enquanto a *forma jurídica* será associada à equivalência da *forma mercadoria*, que corresponde à derivação do Direito com base nas formas sociais na economia capitalista.

De acordo com o jurista soviético Piotr Stutchka, compreende-se o Direito como uma sistemática social que exprime interesses de classe, no caso a classe dominante, e se institui e é tutelado por meio da força des-

sa⁶⁸. Na perspectiva de Stutchka, de entendimento do direito como instrumento de classe, surge a previsão de apropriação desse instrumento pela classe operária e de constituição de um direito socialista.

No entanto, conforme Evgeni Pachukanis⁶⁹, a forma jurídica é essencialmente capitalista, pois são as suas representações legais, correspondentes às relações fáticas, que amparam a sistemática de produção e circulação de mercadorias na contemporaneidade. Apesar dessa crítica pachukaniana, o entendimento da funcionalidade da norma para Stutchka, que merece uma atualização à dinâmica contemporânea, ainda deve ser levado em consideração (com ressalvas) para uma análise sobre a forma e o direito.

Para um entendimento marxista das alterações jurídico-normativas, que permitiria a atualização supramencionada, tem-se que estas resultariam das contradições existentes em determinado lapso temporal que se manifestam, primeiramente, na base econômica e, posteriormente, na superestrutura, em que se encontram situados os aparelhos jurídicos estatais. A referida base econômica comporta os meios e as relações de produção, que, sob o sistema atual, é determinado como modo de produção capitalista, enquanto a superestrutura abrange as demais relações sociais e suas especificidades.

Apesar de as categorias estruturais tratadas por Althusser possuírem finalidades explicativas, a relação de determinação da superestrutura pela base e de influência (em escala consideravelmente reduzida) desta sobre aquela explanam, com fundamento em uma relação dialética, a forma como os modos de produção têm protagonizado a construção sociohistórica. Nesse contexto, o aparelho ideológico de Estado jurídico figura como o instrumento típico de organização da superestrutura em razão da e na base econômica⁷⁰.

Em que pese Marx não tenha formulado uma teoria acerca do Direito, sua contribuição para o entendimento e para a crítica da economia política, fundada em seu método materialista histórico-dialético, permite estabelecer, quando aplicado em uma análise da ju-

66 ENGELS, Friedrich; KAUTSKY, Karl. *O socialismo jurídico*. 2. ed. rev. São Paulo: Boitempo, 2012. p. 19.

67 PACHUKANIS, Evgeni Bronislávovich. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Acadêmica, 1988. p. 24.

68 NAVES, Márcio Bilharinho. *Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis*. São Paulo: Boitempo, 2008.

69 PACHUKANIS, Evgeni Bronislávovich. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

70 ALTHUSSER, Louis. *Sobre a reprodução*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 192.

ridicidade, a forma jurídica como uma equivalência da forma mercadoria, conforme supramencionado. Assim, “a relação qualitativamente idêntica das mercadorias demanda uma relação qualitativamente idêntica entre os seus portadores”⁷¹, isto é, o sujeito de direito, apto para exercer os atos da vida civil, é um sujeito indiferenciado, pois abstraídas suas particularidades.

No capitalismo, é por intermédio de formas jurídicas que as relações de produção e circulação de mercadorias se estabelecem e, desde o momento de expansão da burguesia, conferem segurança e legitimam a mercancia. Conforme Buckel⁷², “os sujeitos atuam como sujeitos jurídicos, de fato como iguais entre si e ‘livres’ para estabelecer contratos”. Desse modo, tem-se que “a relação jurídica de troca, cuja forma é o contrato, é uma relação volitiva, na qual se reflete a relação econômica [...]”⁷³.

A reprodução das trocas e dos respectivos contratos pode ser expressa por meio da atividade comercial como fonte do liame jurídico. A forma mercadoria, enquanto equivalência valorativa, dá origem à forma jurídica, como igualdade abstrata entre titulares de direitos⁷⁴. Desse modo, a forma jurídica oculta assimetrias materiais e promove uma generalização que permite o estabelecimento de relações capitalistas que, sofisticadamente, utilizam-se da legalidade para esconder a sua origem decorrente da desigualdade de classes.

Em síntese, o Direito pela sua forma pode ser expresso em categorias jurídicas, como os sujeitos de direito, os contratos, a liberdade e a igualdade jurídica, a propriedade privada, etc., que revestem de legalidade relações sociais capitalistas. Ademais, o conteúdo normativo consiste em prescrição legal e, diferentemente da forma, é suscetível de alterações conforme a correlação de forças em cada momento histórico.

Verifica-se, assim, a distinção entre a forma jurídica e o conteúdo normativo do Direito, o qual possui uma relação intrínseca com o Estado (forma política). Em

oportuno, não se pode olvidar que não há forma jurídica descolada de um conteúdo que a preencha. Com isso, utiliza-se, a seguir, desses conceitos para a compreensão da relação entre o imperialismo e o Direito Internacional.

4. A DIMENSÃO JURÍDICA DO IMPERIALISMO

Considerando-se a multidimensionalidade do imperialismo, cabe ainda compreender a sua dimensão jurídica, com base no Direito Internacional. Para tanto, empregam-se as noções abordadas sobre forma jurídica e conteúdo normativo, buscando-se verificar em que medida tais categorias servem para a explicitação dessa dimensão.

De acordo com China Miéville⁷⁵, o direito é uma expressão do imperialismo. Contudo, para que tal afirmação possa ser considerada válida, é preciso um esforço teórico no sentido de desvelar a maneira como a forma jurídica e o conteúdo normativo do Direito Internacional conectam-se com a economia política de dominação e dependência.

Trata-se de um esforço na medida em que é necessário contestar a doutrina dominante tanto na seara do Direito Internacional quanto na da Teoria do Direito. A seguir, adentra-se no cerne da pesquisa, que consiste em compreender a dimensão jurídica do imperialismo, o que ocorrerá, primeiramente, pelo conteúdo normativo e, posteriormente, pela forma jurídica.

4.1. O direito internacional como expressão do imperialismo pelo conteúdo

Nesta seção, interessa estabelecer uma associação entre o conteúdo do Direito Internacional e o imperialismo. Desse modo, será possível uma compreensão da dimensão jurídica do imperialismo pelo seu conteúdo legal.

Conforme apontado por Marx e Engels⁷⁶, “o exame mais superficial da legislação, por exemplo da legislação para os pobres em todos os países, mostrará o quanto

71 KASHIURA JR, Celso Naoto. *Sujeito de Direito e capitalismo*. São Paulo: Outras Expressões, 2014. p. 165.

72 BUCKEL, Sonja. “A forma na qual as contradições podem se mover”: para a reconstrução de uma teoria materialista do Direito. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 366-385, 2014. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/13652/10652>. Acesso em: 08 nov. 2018. p. 374.

73 MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*. Livro 1: o processo de produção capitalista. São Paulo: Boitempo, 2013. p. 159.

74 TRINDADE, José Damião de Lima. *Os direitos humanos na perspectiva de Marx e Engels: emancipação política e emancipação humana*. São Paulo: Alfa-Omega, 2011.

75 MIÉVILLE, China. *Between equal rights: a marxist theory of International Law*. Leiden: Brill, 2005.

76 MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 319.

os dominadores avançaram quando imaginaram poder impor algo mediante sua simples ‘vontade soberana’”. No âmbito das relações internacionais, não é diferente, pois a posituação de interesses políticos dominantes se traduz na efetivação da agenda dos países imperialistas.

Ademais, a economia política internacional, marcada por assimetrias materiais já referidas, conta com a interferência jurídica dos Estados para a garantia do padrão de acumulação. Nesse sentido, dispõe Luiz Felipe Osório⁷⁷ que:

a acumulação internacional cria uma cadeia que beneficia o próprio aparato estatal, fazendo com que o favorecimento que confere aos capitais nacionais internacionalmente esteja vinculado à sua própria estrutura. Assim, a política dos capitais passa pela intermediação dos Estados, quando esses interferem juridicamente, politicamente, economicamente e militarmente na luta de classes.

Com base nisso, entende-se que o Direito e, no caso em análise, o Direito Internacional, apresenta-se conjuntamente ao imperialismo. As relações político-econômicas de dominação e dependência se valem de normas jurídicas ou da própria legalidade, de modo amplo, para a sua ocorrência.

Desde os primórdios do Direito Internacional, com normas relativas às guerras terrestres e navais, trata-se, de maneira dissimulada, da luta quando se diz tratar da paz⁷⁸. Nessa senda, Emmanuelle Jouannet⁷⁹ afirma que o Direito Internacional clássico já combinava uma aparência universalizante com uma prática essencialmente discriminatória e imperialista. Exemplo disso, o Tratado de Paris (1763) formalizou o fim da Guerra dos Sete Anos (1756-1763), sendo responsável pela cessão de colônias francesas (Canadá, Dominica, Granaba, Minorca, Nova Escócia e São Vicente) para o Império Britânico, que ascendia pela exploração colonialista.

De acordo com Bhupinder S. Chimni⁸⁰, o Direito

Internacional confere legitimidade às ideias dominantes em uma época, transpondo-as em normas. O autor, ainda, destaca o papel que as instituições acadêmicas do centro global possuem nesse processo de legitimação. Moldam uma percepção dominante do Direito Internacional e definem uma agenda de pesquisa que é, em certa medida, exportada para a periferia⁸¹.

Tendo em vista uma investigação crítica do conteúdo normativo do Direito Internacional moderno, será efetuada uma análise documental parcial da Carta das Nações Unidas (1945). Tal tratado internacional “foi assinado em 26 de junho de 1945, em São Francisco, na conclusão da Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional, e entrou em vigor em 24 de outubro de 1945”⁸².

A escolha por tal tratado internacional se dá em razão de ser o instrumento constitutivo da Organização das Nações Unidas (ONU), principal OI a promover a cooperação entre os Estados em matéria de Direito Internacional, e por versar sobre questões de segurança internacional.

A Carta da ONU prevê, em seu art. 7º, §1º, uma estrutura orgânica composta por “uma Assembleia Geral, um Conselho de Segurança, um Conselho Econômico e Social, um Conselho de Tutela, uma Corte Internacional de Justiça e um Secretariado”⁸³.

A Assembleia Geral, constituída por todos os membros das ONU (art. 9º), trata de quaisquer assuntos que se encontrem entre as finalidades da Carta ou que se relacionem com as funções de qualquer dos órgãos previstos (art. 10). Em razão de sua composição plural e competência abrangente, tal órgão transparece uma aparência democrática à ONU.

Contudo, o Conselho de Segurança, responsável primário pela manutenção da paz e da segurança internacional (art. 24, §1º), cujas decisões possuem caráter

77 OSÓRIO, Luiz Felipe. *Imperialismo, Estado e relações internacionais*. São Paulo: Ideias e Letras, 2018. p. 240.

78 OSÓRIO, Luiz Felipe. *Imperialismo, Estado e relações internacionais*. São Paulo: Ideias e Letras, 2018.

79 JOUANNET, Emmanuelle. Universalism and imperialism: the true-false paradox of international law? *The European Journal of International Law*. v. 18, n. 3, 2007. Disponível em: <http://www.ejil.org/pdfs/18/3/139.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2018.

80 CHIMNI, Bhupinder S. Abordagens terceiro-mundistas para o Direito Internacional: um manifesto. *Revista de Direito Internacional*. Brasília, v. 15, n. 1, 2018, p. 41-60. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5232/pdf>. Acesso em: 09 nov. 2018.

81 Nessa senda, “enxergar as continuidades históricas do imperialismo certamente instiga respostas ao eurocentrismo na produção de direito internacional: leva a questionar as narrativas de progresso que ignoram as interações com a periferia e a desconfiar das histórias que destoam da realidade local” (SANCTIS, 2017, p. 290). Disso decorre a emergência da análise terceiro-mundista do Direito Internacional, associada a uma crítica da ideologia dominante.

82 UNITED NATIONS. *Charter of United Nations*. Disponível em: <http://www.un.org/en/charter-united-nations/index.html>. Acesso em: 08 nov. 2018. Tradução nossa.

83 UNITED NATIONS. *Charter of United Nations*. Disponível em: <http://www.un.org/en/charter-united-nations/index.html>. Acesso em: 08 nov. 2018.

mandatário sobre os demais membros (art. 25), é composto por quinze membros da ONU, sendo cinco desses membros permanentes. São membros permanentes do Conselho de Segurança: a República da China, a França, a Rússia (no lugar da antiga URSS), o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte e os EUA (art. 23, §1º).

A votação no âmbito do Conselho de Segurança se dá sobre questões procedimentais, por maioria de nove membros, e não procedimentais, por maioria de nove membros incluindo, necessariamente, o voto afirmativo dos cinco membros permanentes (art. 27, §2º e §3º). Por sua vez, a decisão acerca do que é procedimental é considerada não procedimental e, portanto, qualquer membro permanente pode vetar uma matéria, atribuindo-lhe caráter não procedimental e votando contrariamente (duplo veto).

Diante do exposto, a aparência democrática da ONU cede lugar a uma configuração legalmente dada na qual potências possuem o poder decisório sobre as questões mais relevantes⁸⁴. Assim, “a norma jurídica, que pauta as regras e as instituições internacionais, deve ser lida pela confluência de dois fenômenos sociais [político e econômico], sendo uma manifestação muito mais política do que baseada na tecnicidade jurídica⁸⁵”.

Ademais, quando tratadas questões de ameaça à paz, ruptura da paz ou atos de agressão, compete ao Conselho de Segurança determinar a sua existência e fazer recomendações ou decidir medidas diante disso (art. 39). Isso significa, considerando-se as relações entre as grandes potências e o duplo veto, que a periferia global está à margem dos processos decisórios sobre segurança internacional.

Em recapitulação ao exposto anteriormente, nos casos da Guerra da Coreia e da Guerra do Golfo, o Conselho de Segurança desempenhou papel de apoio às investidas imperialistas estadunidenses. Isso se deu por intermédio de suas resoluções, como a Resolução n. 82/1950 que declarou a ruptura da paz entre as Co-

reias e assistência à Coreia do Sul⁸⁶ e a Resolução n. 687/1991 que reafirmou ser injusta a invasão e ocupação do Kuwait pelo Iraque e reservou-se à utilização de todos os meios necessários para obrigá-lo a cumprir determinações⁸⁷.

Com base nessa breve análise demonstrativa do conteúdo normativo do Direito Internacional e de sua aplicação prática, buscaram-se elementos fáticos que amparam uma compreensão da dimensão jurídica do imperialismo pelo conteúdo legal. Nesse sentido, verificou-se que o conteúdo normativo do Direito Internacional, às vezes, ampara o imperialismo, na medida em que é instrumentalizado para finalidades imperialistas.

Contudo, conforme demonstrado anteriormente, o conteúdo legal do Direito é passível de mudança conforme a luta de classes e, em razão disso, pode assumir contornos não-hegemônicos. Desse modo, o conteúdo normativo internacional, apesar de amparar o imperialismo, não o consubstancia, isto é, não é elemento constitutivo deste, como aparenta ser a forma jurídica. Na sequência, passa-se à compreensão da dimensão jurídica do imperialismo por tal forma.

4.2. O direito internacional como expressão do imperialismo pela forma

Essencialmente, o capitalismo é um sistema anárquico no qual as regras da economia frequentemente ameaçam romper a ordem social. Contudo, provavelmente trata-se, ainda, do sistema que mais demanda estabilidade e previsibilidade na sua estrutura organizacional, por meio de instituições e do Direito⁸⁸.

O fato de não haver uma instituição política acima dos Estados, capaz de ordenar o sistema internacional, confere a este o referido caráter anárquico, em contraposição à característica hierárquica presente no interior dos Estados. Nesse contexto, a legalidade é o suporte que permite que haja uma ordem capaz de assegurar a manutenção e a reprodução das relações internacionais típicas de uma formação social capitalista.

84 Considerando-se a necessidade de democratizar o Conselho de Segurança da ONU, emergiram discussões acerca de uma eventual reforma do órgão. Conforme Ljubo Runjic (2017, p. 268), “embora a Assembleia Geral das Nações Unidas tenha incluído a questão da reforma do Conselho de Segurança em sua agenda em 1992, as negociações sobre essa questão vital não lograram êxito, mesmo depois de um quarto de século”.

85 OSÓRIO, Luiz Felipe. *Imperialismo, Estado e relações internacionais*. São Paulo: Ideias e Letras, 2018. p. 244.

86 UNITED NATIONS. *Resolution n. 82: complaint of aggression upon the Republic of Korea (1950)*. Disponível em: [https://undocs.org/S/RES/82\(1950\)](https://undocs.org/S/RES/82(1950)). Acesso em: 08 nov. 2018.

87 UNITED NATIONS. *Resolution n. 687: Iraq-Kuwait (1991)*. Disponível em: [https://undocs.org/S/RES/687\(1991\)](https://undocs.org/S/RES/687(1991)). Acesso em: 08 nov. 2018.

88 WOOD, Ellen Meiksins. *O império do capital*. São Paulo: Boitempo, 2014.

Em síntese, ao mesmo passo que se afirma haver uma ordem global capitalista por meio da legalidade, há uma desordem ocasionada pela multiplicidade de Estados como entes máximos do sistema internacional. Por tais motivos, o cenário no qual a pluriestatalidade e a forma jurídica se apresentam pode ser considerado como (des)ordem global capitalista.

Nesse sentido, Osório⁸⁹ afirma que “se o capital é impreterivelmente internacional, o Estado também o é, logo, apresenta-se em multiplicidade, forjando um sistema de regras e comportamento minimamente comuns”. Sendo assim, identifica-se que o capital global necessita de uma ordem, além de política e social, que seja jurídica e previsível, estabelecendo os marcos para a sua reprodução⁹⁰ dentro de uma perspectiva de segurança jurídica.

Anteriormente, tratou-se da forma jurídica e mencionou-se algumas categorias que revestem de legalidade as relações capitalistas. Nesse momento, importa transpô-las à dinâmica das relações internacionais para entender, a partir disso, o Direito Internacional como expressão do imperialismo por intermédio da análise da sua forma.

Assim, algumas categorias de fácil visualização no direito interno, consideradas categorias jurídicas basilares, podem ser verificadas para além desse. Nessa senda, na seara internacional, os *sujeitos de direito* passam a ser os Estados, os *contratos* assumem a denominação de tratados internacionais, a *liberdade* e a *igualdade jurídica* se traduzem na soberania estatal (que permite que Estados iguais sejam livres para estabelecer relações jurídicas), a *propriedade privada* assegura as relações econômicas internacionais etc.

Sabendo-se que o Estado soberano é o sujeito na seara do Direito Internacional Público, a relação de igualdade formal entre os Estados soberanos permite que se desenvolvam relações internacionais revestidas pelo manto da legalidade, que escondem as suas assimetrias materiais. A importância da equivalência geral se dá, pois “toda a relação em que a equivalência não existe ou se encontra em posição subordinada, é uma relação de natureza não jurídica, uma relação de poder”⁹¹.

89 OSÓRIO, Luiz Felipe. *Imperialismo, Estado e relações internacionais*. São Paulo: Ideias e Letras, 2018. p. 235.

90 OSÓRIO, Luiz Felipe. *Imperialismo, Estado e relações internacionais*. São Paulo: Ideias e Letras, 2018.

91 NAVES, Márcio Bilharinho. *A questão do direito em Marx*. São

Nessa senda, o imperialismo capitalista é oposto, apesar do que possa parecer, justamente contra os Estados periféricos legalmente reconhecidos como livres e iguais⁹². Por conseguinte, o entendimento de que a intervenção dos Estados soberanos é baseada na sua afirmação jurídica possibilita a compreensão do imperialismo em um cenário no qual os Estados são legalmente dados como iguais e o Direito Internacional é universal⁹³.

Nesses termos, alicerçando-se nas formulações teóricas de Evgeni Pachukanis, o jurista “[China] Miéville caminha para a direção mais completa e fundante de uma crítica marxista do direito internacional”⁹⁴. No sentido oposto ao da literatura especializada, Miéville baseia-se no materialismo histórico-dialético e, por intermédio da sua leitura pachukaniana, avança na compreensão do cerne do Direito Internacional⁹⁵.

A obra de Miéville sobre a questão, intitulada “Entre direitos iguais” (tradução nossa), refere-se à observação de Marx no sentido de que “entre direitos iguais, a força decide”⁹⁶. Nessa senda, a relação de equivalência entre os Estados permite uma aparência democrática na tomada de decisões de interesse comum, mas esconde que os poderes político e econômico são os fatores que determinam os interesses específicos que serão atendidos.

A generalização decorrente de categorias jurídicas ampara a lógica econômica e a geopolítica, para que estas sejam postas em prática por meio de relações imperialistas. Assim, “a tendência do capitalismo é generalizar e Pachukanis tornou isso claro: o capitalismo é um capitalismo jurídico”⁹⁷. Com as categorias jurídicas universalizadas, a essência do imperialismo é transfigurada na aparência da legalidade.

Para além, através da associação da coerção promovida pelo imperialismo capitalista com a forma jurídica em uma formulação abstrata, tem-se que, na realidade

Paulo: Outras Expressões, 2014. p. 87.

92 OSÓRIO, Luiz Felipe. *Imperialismo, Estado e relações internacionais*. São Paulo: Ideias e Letras, 2018.

93 MIÉVILLE, China. *Between equal rights: a marxist theory of International Law*. Leiden: Brill, 2005.

94 OSÓRIO, Luiz Felipe. *Imperialismo, Estado e relações internacionais*. São Paulo: Ideias e Letras, 2018. p. 246.

95 OSÓRIO, Luiz Felipe. *Imperialismo, Estado e relações internacionais*. São Paulo: Ideias e Letras, 2018.

96 MIÉVILLE, China. *Between equal rights: a marxist theory of International Law*. Leiden: Brill, 2005.

97 MIÉVILLE, China. *Between equal rights: a marxist theory of International Law*. Leiden: Brill, 2005. p. 260. Tradução nossa.

concreta que envolve a internacionalização do capitalismo na modernidade, isso resulta no entendimento de que sem imperialismo não pode haver Direito Internacional⁹⁸ e vice-versa. O Direito Internacional aparece, assim, conforme introdutoriamente mencionado, enquanto dimensão do imperialismo, devido à sua forma jurídica.

Miéville⁹⁹ afirma que “as ações imperialistas são enquadradas em termos jurídicos e que o imperialismo e o Direito Internacional são partes de um mesmo sistema”. Em complemento, tem-se que “o capitalismo moderno é um sistema imperialista e, simultaneamente, jurídico, sendo que as formas constituintes do Direito Internacional são as formas constituintes do capitalismo global e, por isso, imperialistas”¹⁰⁰.

Portanto, nota-se a relação imediata entre a dimensão jurídica e as dimensões política e econômica do imperialismo. Isso porque, nas relações imperialistas, “[...] a assimetria material, travestida pelas formas do direito, manifesta-se tanto na seara política quanto na econômica”¹⁰¹, resultando em dominação e dependência. O imperialismo capitalista demonstra-se, assim, um imperialismo político-econômico e jurídico, que se apresenta de modo indivisível na dialética concreta das relações internacionais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sede conclusiva, tem-se que o imperialismo capitalista é uma especificidade histórica e traduz-se nas relações político-econômicas de dominação e dependência em um mundo globalizado e desigual. Com fundamento na análise do imperialismo como conceito multidimensional, entenderam-se as suas dimensões notáveis, como a política e a econômica e, para além, buscou-se compreender sua dimensão jurídica.

Para tanto, a Teoria marxista do Direito, analisada sob bases metodológicas adequadas, forneceu uma concepção capaz de dar conta dos aspectos contraditórios desse no capitalismo, de entender a legalidade como algo historicamente situado e de explicar as transformações normativas pela luta de classes. A partir de então, a divisão do Direito entre forma e conteúdo foi o avanço teórico que permitiu um entendimento crítico e inovador da dimensão jurídica do imperialismo.

Em consideração ao conjunto exposto, conclui-se que há uma dimensão jurídica do imperialismo e que esta pode ser compreendida pelo conteúdo normativo do Direito Internacional e pela forma jurídica em si. Quanto à compreensão por meio do conteúdo, esta tem como base a apreciação do direito positivo e do estabelecimento de sua relação com o imperialismo.

Historicamente, o Direito Internacional tem sido expressão do imperialismo na medida em que o seu conjunto normativo assumiu os interesses das grandes potências em seu conteúdo, direta ou indiretamente. Casos paradigmáticos utilizados ao longo do trabalho, como a Doutrina Monroe, os acordos de Bretton Woods, as resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas diante da Guerra da Coreia e da Guerra do Golfo e o Consenso de Washington expressam o conteúdo do Direito Internacional ou relacionam-se com ele em alguma medida.

Contudo, ressalta-se que o conteúdo normativo do Direito Internacional é passível de mudança conforme a correlação de forças em uma formação social capitalista global e que, em razão disso, pode comprometer-se com o imperialismo ou assumir contornos não hegemônicos. Por isso, em que pese a dimensão jurídica do imperialismo possa ser compreendida com base no conteúdo do Direito em alguns casos, não se trata de uma regra geral.

Por outro lado, a forma jurídica, de acordo com a teoria de China Miéville, fundamentada no marxismo pachukaniano, possibilita uma maneira diferente de compreender a dimensão jurídica do imperialismo, que não anula a primeira (por meio do conteúdo), mas complementa-a. Nesse sentido, verifica-se que a forma jurídica que fundamenta o Direito e seu ramo internacional é condição necessária para a manutenção e a reprodução das relações imperialistas de dominação e dependência.

Isso ocorre porque a forma jurídica constitui uma correspondência da sociabilidade capitalista, que trans-

98 MIÉVILLE, China. *Between equal rights: a marxist theory of International Law*. Leiden: Brill, 2005. p. 293.

99 MIÉVILLE, China. The commodity-form theory of International Law. In: MARKS, Susan (org.) *International Law on the left: re-examining marxist legacies*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 120. Tradução nossa.

100 MIÉVILLE, China. The commodity-form theory of International Law. In: MARKS, Susan (org.) *International Law on the left: re-examining marxist legacies*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 120. Tradução nossa.

101 OSÓRIO, Luiz Felipe. *Imperialismo, Estado e relações internacionais*. São Paulo: Ideias e Letras, 2018. p. 239.

forma as situações e relações concretas relativas ao âmbito econômico em categorias jurídicas abstratas. Com isso, possibilita a reprodução de uma dinâmica que esconde, por trás da aparência da legalidade, a essência da desigualdade material entre os Estados na modernidade.

A (des)ordem global capitalista, nesse contexto, é contraditória pois, em que pese o cenário internacional seja anárquico, há uma ordem advinda da legalidade que garante segurança jurídica às relações imperialistas. Diante disso, a compreensão do imperialismo pela análise da forma jurídica, de acordo com a abordagem marxista empregada, implica uma correspondência imediata entre Direito e imperialismo, que permite a constatação de que existe uma dimensão jurídica, pelo Direito Internacional, do imperialismo.

À vista do exposto e, em consideração à filosofia marxista, a qual defende, para além da compreensão do mundo, a sua transformação, este artigo resulta em uma contribuição para a disputa no campo das ideias e como suporte para uma resistência anti-imperialista, crítica ao capitalismo e à legalidade. Por fim, destaca-se a relevância deste, que reside na atualização da crítica marxista ao Direito, aplicando-a ao ramo jurídico internacional, enquanto sua originalidade decorre da sua interdisciplinaridade e da metodologia empregada.

REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. *Sobre a reprodução*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

AMIN, Samir. *A crise do imperialismo*. Rio de Janeiro: Graal, 1977.

ANGHIE, Antony; ORFORD, Anne; KOSKENNIEMI, Marri. *Imperialismo y Derecho Internacional: Historia y Legado*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2016. Resenha de: SANCTIS, Adriane. América Latina em continuidades e rupturas. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 3, p. 287-290. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4900>. Acesso em: 21 jan. 2019.

BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional clássica: aspectos históricos e teóricos*. Ijuí: Editora Unijuí, 2011.

BRUM, Márcio Moraes. *Imperialismo e novo constitucionalismo na América Latina: a questão da terra em Bolívia e Equador*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) -

Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria.

BUCKEL, Sonja. “A forma na qual as contradições podem se mover”: para a reconstrução de uma teoria materialista do Direito. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 366-385, 2014. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/13652/10652>. Acesso em: 08 nov. 2018.

BUKHARIN, Nikolai Ivanovitch. *A economia mundial e o imperialismo: esboço econômico*. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

CALLINICOS, Alex. *Making history: agency, structure, and change in social theory*. 2 ed. Leiden: Koninklijke Brill, 2004.

CAMPAGNARO, Yuri Gabriel. *Capital-imperialismo e neoliberalismo: um estudo da reforma financeira e da privatização dos bancos estaduais do Brasil na década de 1990*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

CHIMNI, Bhupinder S. Abordagens terceiro-mundistas para o Direito Internacional: um manifesto. *Revista de Direito Internacional*. Brasília, v. 15, n. 1, 2018, p. 41-60. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5232/pdf>. Acesso em: 09 nov. 2018.

COHEN, Benjamin J. *A questão do imperialismo: a economia política da dominação e dependência*. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

DATHEIN, Ricardo. Sistema monetário internacional e globalização financeira nos sessenta anos de Bretton Woods. *Revista da Sociedade brasileira de Economia Política*. Rio de Janeiro, n. 16, p. 51-73, jun. 2005. Disponível em: <https://geovest.files.wordpress.com/2013/04/sistema-monetc3a1rio-internacional-e-globalizac3a7c3a3o-financeira-nos-sessenta-anos-de-bretten-woods.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2018.

DUMÉNIL, Gérard; LÖWY, Michael; RENAULT, Emmanuel. *100 palavras do marxismo*. São Paulo: Cortez, 2015.

ENGELS, Friedrich; KAUTSKY, Karl. *O socialismo jurídico*. 2. ed. rev. São Paulo: Boitempo, 2012.

FERNANDES, Luis. *A revolução bipolar: a gênese e a derrocada do socialismo soviético*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2017.

- FIORI, José Luís. O poder global dos Estados Unidos: formação, expansão e limites. In: FIORI, José Luís (org.). *O poder americano*. Petrópolis: Vozes, 2004.
- FOLADORI, Guillermo; MELAZZI, Gustavo; KILPP, Renato. *A economia da sociedade capitalista e suas crises recorrentes*. São Paulo: Outras Expressões, 2016.
- GALLO, Carlos Artur. Um acerto de contas com o judiciário argentino. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, v. 33, n. 97, p. 01-04, 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v33n97/0102-6909-rbcsoc-33-97-e339715.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2018.
- GUARINELLO, Norberto Luiz. *Imperialismo greco-romano*. São Paulo: Ática, 1991.
- HARVEY, David. *O novo imperialismo*. 8. ed. São Paulo: Loyola, 2014.
- IANNI, Octavio. *Imperialismo na América Latina*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1988.
- IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.
- JOUANNET, Emmanuelle. Universalism and imperialism: the true-false paradox of international law? *The European Journal of International Law*. v. 18, n. 3, 2007. Disponível em: <http://www.ejil.org/pdfs/18/3/139.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2018.
- KASHIURA JR, Celso Naoto. *Sujeito de Direito e capitalismo*. São Paulo: Outras Expressões, 2014.
- LEFEBVRE, Henri; GUTERMAN, Norbert. *Que és la dialectica?* Buenos Aires: Dedalo, 1964.
- LEITE, Leonardo de Magalhães. Sobre as teorias do imperialismo contemporâneo: uma leitura crítica. *Economia e Sociedade*. Campinas, v. 23, n. 2, p. 507-534, ago. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ecos/v23n2/0104-0618-ecos-23-02-0507.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2018.
- LENIN, Vladimir Ilitch. *O imperialismo: estágio superior do capitalismo*. São Paulo: Expressão Popular, 2012.
- LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. História constitucional e marxismo: a contribuição necessária. In: BELLO, Enzo et. al. (org.). *Direito e marxismo: as novas tendências constitucionais da América Latina*. Caxias do Sul: EDUCS, 2014.
- LUXEMBURG, Rosa. *A acumulação do capital: estudo sobre a interpretação econômica do imperialismo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.
- MAGDOFF, Harry. *A era do imperialismo*. São Paulo: Hucitec, 1978.
- MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Livro 1: o processo de produção capitalista. São Paulo: Boitempo, 2013.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. São Paulo: Boitempo, 2007.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto comunista*. São Paulo: Boitempo, 2005.
- MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013.
- MASCARO, Alysson Leandro. *Lições de sociologia do direito*. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- MIÉVILLE, China. *Between equal rights: a marxist theory of International Law*. Leiden: Brill, 2005.
- MIÉVILLE, China. The commodity-form theory of International Law. In: MARKS, Susan (org.) *International Law on the left: re-examining marxist legacies*. New York: Cambridge University Press, 2008.
- NAVES, Márcio Bilharinho. *A questão do direito em Marx*. São Paulo: Outras Expressões, 2014.
- NAVES, Márcio Bilharinho. *Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis*. São Paulo: Boitempo, 2008.
- NETTO, José Paulo. *Introdução ao estudo do método de Marx*. São Paulo: Expressão Popular, 2011.
- NUNES, António José Avelãs. Propriedade, direito e Estado. In: BELLO, Enzo; LIMA, Letícia Gonçalves Dias; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; AUGUSTIN, Sérgio (org.) *Direito e marxismo: tendências atuais*. Caxias do Sul: EDUCS, 2012.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Carta das Nações Unidas* (1945). Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/11/A-Carta-das-Nações-Unidas.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2018.
- OSORIO, Jaime. *O Estado no centro da mundialização: a sociedade civil e o tema do poder*. São Paulo: Outras Expressões, 2014.
- OSÓRIO, Luiz Felipe. *Imperialismo, Estado e relações internacionais*. São Paulo: Ideias e Letras, 2018.
- PACHUKANIS, Evgeni Bronislávovich. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

- PADRÓS, Enrique Serra. História do tempo presente, ditaduras de segurança nacional e arquivos repressivos. *Tempo e Argumento*, v. 1, n. 1, p. 30-45, jan/jul, 2009. Disponível em: <http://200.19.105.203/index.php/tempo/article/view/708/599>. Acesso em: 10 nov. 2018.
- PRATES, Jane Cruz. O método marxiano de investigação e o enfoque misto na pesquisa social: uma relação necessária. *Textos & Contextos*, v. 11, p. 116-128, 2012. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/fo/ojs/index.php/fass/article/view/11647/8056>. Acesso em: 08 nov. 2018.
- QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e Ciências Sociais. Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005.
- RIBEIRO, Manuel de Almeida; FERRO, Mónica. *A Organização das Nações Unidas*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016.
- RUNJIC, Ljubo. Reform of the United Nations Security Council: the emperor has no clothes. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 2, p. 268-285, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4587/pdf>. Acesso em: 17 jan. 2019.
- SALDANHA, Eduardo. *Teoria das Relações Internacionais*. Curitiba: Juruá, 2006.
- SANTOS, Milton. *A natureza do espaço: técnica e tempo, razão e emoção*. 4. ed. São Paulo: EDUSP, 2014.
- SILVA, Maria Beatriz Oliveira da; DE DAVID, Thomaz Delgado. Movimentos sociais, direitos insurgentes e a (im)possibilidade de subversão do caráter reacionário do aparelho jurídico estatal. *Culturas jurídicas*, v. 4, n. 9, set/dez, 2017. Disponível em: <http://www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/391/196>. Acesso em: 10 nov. 2018.
- TRINDADE, José Damião de Lima. *Os direitos humanos na perspectiva de Marx e Engels: emancipação política e emancipação humana*. São Paulo: Alfa-Omega, 2011.
- UNITED NATIONS. *Charter of United Nations*. Disponível em: <http://www.un.org/en/charter-united-nations/index.html>. Acesso em: 08 nov. 2018.
- UNITED NATIONS. *Resolution n. 687: Iraq-Kuwait* (1991). Disponível em: [https://undocs.org/S/RES/687\(1991\)](https://undocs.org/S/RES/687(1991)). Acesso em: 08 nov. 2018.
- UNITED NATIONS. *Resolution n. 82: complaint of aggression upon the Republic of Korea* (1950). Disponível em: [https://undocs.org/S/RES/82\(1950\)](https://undocs.org/S/RES/82(1950)). Acesso em: 08 nov. 2018.
- WOOD, Ellen Meiksins. *Democracy against capitalism: renewing historical materialism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- WOOD, Ellen Meiksins. *O império do capital*. São Paulo: Boitempo, 2014.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

A participação de Brasil e Estados Unidos na formulação das regras multilaterais do comércio agrícola

The participation of Brazil and the United States in the formulation of the multilateral rules of agricultural trade

Vera Thorstensen

Vivian Daniele Rocha Gabriel

Alebe Linhares Mesquita

A participação de Brasil e Estados Unidos na formulação das regras multilaterais do comércio agrícola*

The participation of Brazil and the United States in the formulation of the multilateral rules of agricultural trade

Vera Thorstensen **

Vivian Daniele Rocha Gabriel ***

Alebe Linhares Mesquita ****

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar a participação do Brasil e dos Estados Unidos no estabelecimento das regras do comércio agrícola internacional sob o âmbito da Organização Mundial do Comércio. Por conseguinte, este artigo encontra-se dividido em três momentos distintos. Primeiramente, discorre-se sobre a regulação do comércio agrícola no sistema multilateral de comércio, desde o Acordo Geral de Tarifas e Comércio de 1947 até o Acordo sobre Agricultura e as mais recentes decisões ministeriais. Em seguida, analisa-se os posicionamentos do Brasil e dos Estados Unidos na negociação das regras que regem o comércio agrícola internacional sob o sistema multilateral do comércio. Por fim, considera-se uma nova agenda de negociação agrícola para o Brasil e os Estados Unidos. A metodologia adotada no desenvolvimento da pesquisa caracteriza-se como teórica, bibliográfica, descritiva e exploratória. Em conclusão, pode-se afirmar que, apesar de Brasil e Estados Unidos serem notáveis produtores agrícolas, com alto nível de competitividade internacional, e sempre terem sido muito ativos nas negociações multilaterais sobre o tema, as iniciativas entre os dois países nessa área ainda são muito restritas. Dentre os temas com potencial para uma frutífera cooperação bilateral, o presente estudo identificou: a criação de um “grupo do grão”; a adoção de um acordo plurilateral em agricultura envolvendo os maiores exportadores agrícolas; e a instituição de uma “Organização Internacional da Soja”, nos moldes da Organização Internacional do Café.

Palavras-Chave: Sistema Multilateral do Comércio. Agricultura. Brasil. Estados Unidos. Cooperação. Interesses compartilhados.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the participation of Brazil and the United States in the establishment of the international agricultural trade rules under the World Trade Organization. Therefore, this paper is divided into three

* Recebido em: 26/09/2018
Aprovado em: 11/01/2019

** Professora da Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (EESP/FGV); diretora do Centro de Comércio Global e Investimentos (CCGI) da FGV. E-mail: vera.thorstensen@fgv.br

*** Advogada. Mestre e Doutoranda em Direito Internacional e Comparado pela Universidade de São Paulo (USP). Michigan Grotius Research Scholar (2018-2019) na University of Michigan, EUA, e bolsista do Programa Doutorado Sanduíche no Exterior da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Desde outubro de 2018 é Contributing Editor do Michigan Journal of Environmental & Administrative Law (MJEAL). E-mail: vivian.d.rocha@gmail.com

**** Advogado. Mestre em Direito Internacional e Comparado pela Universidade de São Paulo (USP). Atualmente cursando LL.M em Direito da Propriedade Intelectual e Direito Concorrencial no Munich Intellectual Property Law Center (MIPLC) por meio de bolsa concedida pelo programa EPOS do DAAD. E-mail: alebe_linhares@hotmail.com

distinct moments. First, it addresses the regulation of the agriculture trade in the multilateral trading system, from the 1947 General Agreement on Tariffs and Trade to the Agreement on Agriculture and the most recent ministerial decisions. Subsequently, it analyzes the positions of Brazil and the United States in the negotiations of the rules governing international agricultural trade under the multilateral trading system. At last, it considers a new agricultural negotiation agenda for Brazil and the United States. The methodology adopted in the development of this research is bibliographic, descriptive and exploratory. In conclusion, it can be asserted that although Brazil and the United States are notable agricultural producers with a high level of international competitiveness, and although they have always been very active in multilateral negotiations on the subject, the initiatives between the two countries in this area are still very restricted. Among the topics with potential fruitful bilateral cooperation, the present study identified: the creation of a “grain group”; the adoption of a plurilateral agreement in agriculture involving the largest agricultural exporters; and the establishment of an “International Soy Organization”, in the style of the International Coffee Organization.

Keywords: Multilateral Trading System. Agriculture. Brazil. United States. Cooperation. Mutual interests.

1. INTRODUÇÃO

A agricultura desempenha papel fundamental tanto na economia brasileira quanto americana. Brasil e Estados Unidos (EUA) se destacam, internacionalmente, como importantes produtores de alimentos que abastecem não somente os seus mercados internos, mas também o mundo como um todo. Nos últimos anos, os investimentos maciços na mecanização do campo, no melhoramento genético de sementes e nos avanços tecnológicos na fertilização do solo marcam alguns dos pontos em comum entre as políticas adotadas por ambos os governos. Essas medidas, por sua vez, resultaram na elevação da produtividade do setor agrícola mundial, bem como colocaram Brasil e EUA dentre os países mais competitivos na área.

Apesar do histórico posicionamento antagônico de ambos os países nas negociações das regras do comércio agrícola internacional, uma análise mais detalhada

permite concluir que há espaço para se instituir mecanismos que transformem a competição em cooperação mútua. Isso influenciaria na maximização dos ganhos de ambos os lados, bem como na implementação de uma parceria estratégica bilateral para futuras negociações comerciais agrícolas.

Desse modo, o presente artigo tem por objetivo analisar a participação do Brasil e dos Estados Unidos no estabelecimento das regras do comércio agrícola internacional sob o âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC). A pesquisa se dispõe a avaliar a evolução histórica das regras multilaterais no setor, as iniciativas da agenda de política externa bilateral agrícola e quais são os tópicos mais relevantes para incrementar as relações econômicas entre ambos os atores.

Nesse sentido, este trabalho está dividido em três partes distintas. Primeiramente, retomam-se aspectos centrais da regulação do comércio agrícola internacional, analisando-se a evolução normativa desde o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio – GATT (1947), passando-se pelo Acordo sobre Agricultura (1994) e culminando nas últimas Decisões Ministeriais de Bali (2013), Nairóbi (2015) e Buenos Aires (2017). Em seguida, avalia-se o posicionamento de Brasil e EUA diante das negociações agrícolas no âmbito do sistema multilateral de comércio, com o intuito de melhor compreender a formulação das atuais regras internacionais sobre o assunto. Por fim, discorre-se sobre determinados temas a serem levados em conta para uma nova agenda de negociação agrícola entre Brasil e EUA.

Parte-se da premissa de que os desafios contemporâneos enfrentados demandam ações conjuntas de todos os interessados. Ou seja, os acadêmicos, os governos, os representantes do setor produtivo e os demais interessados devem envidar esforços para responder a questões comerciais latentes. Assim, a hodierna análise insere-se no esforço de ampliar e aprimorar as relações Brasil-EUA de modo a refletir o incremento dos fluxos de comércio e de investimento entre os dois países na área agrícola.

O desenvolvimento deste trabalho justifica-se pela importância do tema no mundo contemporâneo, visto que o fluxo agrícola movimenta uma enorme parcela do comércio mundial. Além disso, tanto Brasil como EUA consolidaram-se como atores de grande envergadura no comércio agrícola e nas relações internacionais, o que não pode ser ignorado, mas sim potencializado. Por fim,

investiga-se se uma aproximação econômica e política entre os dois países no setor agrícola contribuiria para solucionar velhos entraves comerciais e estimular novas parcerias e projetos de cooperação, o que tornaria a agroindústria brasileira mais competitiva, integrada e referência mundial.

2. A REGULAÇÃO DA AGRICULTURA NO SISTEMA MULTILATERAL DO COMÉRCIO

O tema agricultura somente passou a fazer parte, de forma específica, da agenda global de negociações comerciais multilaterais durante a Rodada Uruguai (1986-1994). Desde a adoção do GATT em 1947, o setor agrícola vinha sendo constantemente excluído por meio de derrogações às obrigações do Acordo Geral,¹ recebendo tratamento meramente retórico, quando inexistente.² Por conseguinte, as importações de produtos agrícolas eram frequentemente obstruídas por proibições (*import bans*), restrições quantitativas (quotas), elevados direitos aduaneiros, variações tarifárias que criava incertezas no mercado, preços mínimos, dentre outros empecilhos não relacionados a tarifas, como regulações e atividades de empresas comerciais estatais.³

Essas exceções também viabilizavam a concessão de volumosos subsídios pelos países desenvolvidos, aumentando artificialmente a produção e as exportações e, conseqüentemente, diminuindo os preços das transações internacionais. Em longo prazo, essas políticas têm efeitos perversos à soberania alimentar e ao crescimento econômico e agroindustrial dos países em desenvolvimento, “constituindo obstáculos ao desenvolvimento, precisamente no setor em que possuem vantagens comparativas de produção.”⁴ Estes eram um dos principais motivos pelos quais os produtores de países em desenvolvimento tinham a sua inserção no mercado interna-

cional prejudicada.⁵

Com o intuito de se dirimir essas práticas desleais ao comércio, os Membros negociaram e adotaram o Acordo sobre Agricultura (*Agreement on Agriculture – AoA*) como parte integrante e abrangido pela Ata Final que levou à constituição a OMC. Apesar de os resultados terem sido muito aquém do que o previamente almejado, o Acordo sobre Agricultura avançou em pontos importantes, como: (i) introdução do setor agrícola nas normas e disciplinas do GATT; (ii) redução dos subsídios à exportação e dos apoios domésticos aos produtores; (iii) conversão das barreiras não tarifárias em tarifas equivalentes; (iv) consolidação e redução tarifária; e (v) abertura de quotas mínimas para produtos que até então estavam bloqueados por meio de medidas protecionistas.

O Acordo sobre Agricultura tem por escopo estabelecer um sistema de comércio agrícola justo e orientado pelo mercado.⁶ As suas regras se aplicam aos produtos classificados nos capítulos 1 ao 24 do Sistema Harmonizado (SH) de Designação e de Codificação de Mercadorias,⁷ incluindo *commodities* e outros produtos agrícolas e processados, como bebidas alcóolicas e não alcóolicas e produtos derivados do tabaco.⁸ Excluem-se algumas categorias, como peixe, produtos de pesca, produtos florestais⁹ e aqueles fabricados com base em fibras tais quais tecidos e roupas.¹⁰

Além disso, o Acordo estabelece regras gerais e compromissos em três áreas ou pilares principais: (i) acesso

1 THORSTENSEN, Vera. *Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações comerciais*. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2005. p. 67-68.

2 OLIVEIRA, Ivan Tiago Machado. *A Regulação do Comércio Internacional Agrícola: histórico e perspectivas*. Brasília: IPEA, 2011. (Texto para Discussão, n. 1651). p. 12.

3 WORLD TRADE ORGANIZATION. *The WTO Agreements Series: Agriculture*. Geneva: WTO, 2015, p. 9.

4 GOMES, Natália Fernanda. A regulação internacional dos subsídios agrícolas: a contemporaneidade do paradigma realista para a compreensão do sistema de comércio agrícola internacional vigente. *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 1, p. 43-55, fev. 2013, p. 44.

5 WORLD TRADE ORGANIZATION. *The WTO Agreements Series: Agriculture*. Geneva: WTO, 2015, p. 9.

6 Consultar preâmbulo do Acordo de Agricultura.

7 O Sistema Harmonizado de Designação e de Codificação de Mercadorias, ou simplesmente Sistema Harmonizado (SH), refere-se à metodologia, internacionalmente acordada, de classificação de mercadorias, organizado em uma estrutura de códigos e respectivas descrições (MDIC, 2016).

8 O Artigo 2 do Acordo sobre Agricultura prevê que suas regras são aplicadas, apenas, aos produtos listados no Anexo 1 do Acordo. (BAPTISTA, Adriane Nakagawa *et al.* Acordo sobre Agricultura. In: THORSTENSEN, Vera; OLIVEIRA, Luciana (coord.). *Releitura dos Acordos da OMC como interpretados pelo órgão de apelação: efeitos na aplicação das regras do comércio internacional*. São Paulo: VT, 2013. p. 17).

9 Restrições não tarifárias à importação previstas sob o Artigo XI: 2 (c) do GATT ainda podem ser utilizadas sobre produtos florestais e de pesca, uma vez que eles não são objeto do Acordo sobre Agricultura (WORLD TRADE ORGANIZATION. *The WTO agreements series: agriculture*. Geneva: WTO, 2015. p. 16).

10 WORLD TRADE ORGANIZATION. *The WTO agreements series: agriculture*. Geneva: WTO, 2015. p. 12.

a mercados, (ii) apoio doméstico e (iii) competição nas exportações (que inclui subsídios à exportação e medidas relacionadas à exportação de efeito equivalente).¹¹

Figura 1: Principais pontos do Acordo sobre Agricultura



Fonte: WTO, 2015, p. 11.

2.1. Acesso a mercados

Quanto aos dispositivos de *acesso a mercado*, o Acordo sobre Agricultura (AoA) se baseia no Princípio da Aplicação de tarifas como único direito aduaneiro a ser utilizado nas transações comerciais (*tariffs-only principle*). Esse princípio determina que barreiras não tarifárias, como quotas à importação, sejam convertidas em tarifas consolidadas e que tarifas até então não consolidadas assim o sejam. Esse princípio é o mesmo aplicado ao comércio de bens não agrícolas desde 1947 pelo GATT.¹² Ele encontra fundamento no Artigo 4.2 do Acordo sobre Agricultura, que versa que:

[...], nenhum Membro manterá, estabelecerá ou reestabelecerá medidas do tipo daquelas que se tenha determinado ser convertidas em direitos alfandegários propriamente ditos.

Em nota de rodapé, explica-se que tais medidas incluem:

restrições quantitativas à exportação, taxas variáveis, preços mínimos, licenças discricionárias de importação, medidas não tarifárias mantidas por empresas de comércio estatal e restrições voluntárias de exportação.¹³

Essa mudança estimulou o investimento, produção

11 WORLD TRADE ORGANIZATION. *The WTO agreements series: agriculture*. Geneva: WTO, 2015. p. 10.

12 LOWENFELD, Andreas. *International Economic Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 321.

13 Nota de Rodapé 1 do Artigo 4.2 do Acordo sobre Agricultura da OMC.

e comércio agrícola tanto por tornar o mercado mais transparente, previsível e competitivo quanto por fortalecer os laços entre o mercado nacional e o internacional, redistribuindo os recursos escassos para atividades nas quais eles são mais produtivos.¹⁴ O AoA tem como um dos seus principais resultados a proibição de todas as quotas de produtos agrícolas e a instituição de limites tarifários legalmente vinculantes na OMC para, praticamente, todos os produtos agrícolas comercializados internacionalmente.¹⁵

Os Membros se comprometeram a consolidar e reduzir as tarifas aplicadas aos produtos agrícolas com base nos anos de 1986 a 1988. Por um lado, os países desenvolvidos se vincularam a reduzir, em uma média não ponderada, 36% de suas tarifas, com um mínimo de 15% por produto, em um período de seis anos. Por outro lado, as nações em desenvolvimento se propuseram a reduzir em média 24% das suas tarifas, com um mínimo de 10% por produto, em um período de dez anos.¹⁶ Ademais, os países menos desenvolvidos se comprometeram a consolidar todas as tarifas agrícolas, mas não estão obrigados a reduzir nenhuma delas.

Quadro 1 - Compromissos de Consolidação e Redução das Tarifas no AoA

Compromissos de Consolidação e Redução das Tarifas Aplicadas aos Produtos Agrícolas no AoA			
Grupo de Países	Redução Média sobre Todos os Produtos	Redução Mínima por Produto	Período de Implementação
Países Desenvolvidos	36%	15%	6 anos, a partir de 1995
Países em Desenvolvimento	24%	10%	10 anos, a partir de 1995

Fonte: Elaboração CCGI-EESP/FGV.

As oportunidades de acesso a mercados são garantidas por meio de quotas-tarifárias que estabelecem a quantidade de produto importado sujeito a direito aduaneiro menor ou isento. Elas se caracterizam pela “aplicação de uma tarifa de importação (tarifa intraquota) mais baixa sobre uma quantidade de produto predeterminada (quota).”¹⁷ A tarifa cobrada sobre os produtos

14 WORLD TRADE ORGANIZATION. *The WTO agreements series: agriculture*. Geneva: WTO, 2015. p. 14.

15 WORLD TRADE ORGANIZATION. *The WTO agreements series: agriculture*. Geneva: WTO, 2015. p. 15.

16 THORSTENSEN, Vera. *Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações comerciais*. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2005. p. 71.

17 JANK, Marcos S.; ARAÚJO, Leandro Rocha de; LIMA, Rodrigo C. A.; JUNQUEIRA, Carla. Agricultura. In: THORSTENSEN,

importados dentro da quota deve ser obrigatoriamente menor do que aquela aplicada a produtos que entraram no território aduaneiro fora da quota. O tamanho, o valor das tarifas cobradas dentro e fora da quota e quaisquer outras condições encontram-se enumeradas nas listas de compromissos de cada um dos Membros. Da mesma forma que as tarifas, as quotas-tarifárias também se caracterizam como vinculantes e estão sujeitas ao sistema de solução de controvérsias da OMC.¹⁸

A manutenção de restrições proibidas no Acordo sobre Agricultura foi autorizada a um pequeno número de Membros. Em contrapartida, exigiu-se que estes concedessem acesso aos seus mercados por meio de quotas que deveriam ser gradualmente expandidas até 5% do consumo do respectivo país. Ainda durante as negociações da Rodada Uruguai; Japão, República da Coreia e Filipinas tiveram essa exceção concedida para arroz, e Israel para queijo e carne de ovelha. Durante a negociação de sua acessão à OMC, concluída em 2001, Taiwan também conseguiu o mesmo tratamento para arroz.¹⁹

Dos cinco países, quatro já deixaram de aplicar essa exceção. Japão, Taiwan, Israel e República da Coreia já converteram suas restrições em equivalentes tarifários e já aplicam direitos aduaneiros convencionais sobre os produtos excepcionados (WTO, 2015, p. 17). As Filipinas, todavia, conseguiram postergar a transição de sua quota de arroz para um equivalente tarifário até junho de 2017. Desde então, a situação relativa às importações de arroz permanecem a mesma. Por meio da Ordem Executiva 23 de 24 de Maio de 2017, as Filipinas estenderam a exceção até 30 de junho de 2020 ou até que seja promulgada a lei que altera as disposições que introduzem quotas tarifárias para arroz.²⁰ Um projeto de lei sobre a tarifação do arroz encontra-se, atualmente, em análise no parlamento filipino.²¹

Com o intuito de proteger os países de surtos de importação ou da queda dos preços internacionais, estabeleceu-se o direito de os Membros aumentarem, tempo-

riamente, os direitos aduaneiros. Esse mecanismo foi negociado como salvaguardas especiais e somente pode ser utilizado se o Membro tiver listado o produto na sua lista de compromissos.²² Segundo o Artigo 5.1 do AoA, os Membros podem adotar salvaguardas especiais sobre produtos específicos quando:

- a) o volume das importações que entrem no território aduaneiro do Membro, em qualquer ano, exceda o nível de gatilho (*trigger level*) referente às oportunidades de acesso a mercado existentes; ou, mas não simultaneamente,
- b) o preço pelo qual o produto importado entra no território do Membro é inferior ao preço de gatilho (*trigger price*), esse referente à média dos preços de referencia do produto de 1986 a 1988. O preço de importação é calculado com base do valor CIF²³ em moeda nacional (Artigo 5.1, AoA).

Diferentemente do previsto no Acordo da OMC sobre Salvaguardas (*Agreement on Safeguards*), os dispositivos do Acordo sobre Agricultura não exigem que o Membro demonstre que o surto de importação ou a queda dos preços está causando um grave prejuízo aos produtores nacionais. As salvaguardas especiais instituídas sob o AoA são acionadas, automaticamente, no momento em que o volume de importação ultrapassa um determinado nível (*trigger level*) ou quando os preços do produto caem a um nível abaixo do referenciado (*trigger price*).²⁴ A adoção de uma salvaguarda especial está sujeita às seguintes condições:

- i. tarifação realizada em relação ao produto em questão;
- ii. necessidade de inscrição do símbolo SSG (de *special safeguard*) em relação ao produto em questão na lista de compromisso (*schedule*) do membro que pretende adotar a medida;
- iii. acionamento do gatilho (pode ocorrer em relação à importação abaixo do preço de referência ou em quantidades superiores a um volume estabelecido).²⁵

Vera; JANK, Marcos S. (coord.). *O Brasil e os grandes temas do comércio internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2005. p. 41.

18 WORLD TRADE ORGANIZATION. *The WTO agreements series: agriculture*. Geneva: WTO, 2015. p. 16.

19 WORLD TRADE ORGANIZATION. *The WTO agreements series: agriculture*. Geneva: WTO, 2015. p. 17.

20 WORLD TRADE ORGANIZATION. *2018 Trade policy review: Philippines*. Geneva: WTO, 2018. p. 34.

21 WORLD TRADE ORGANIZATION. *2018 Trade policy review: Philippines*. Geneva: WTO, 2018. p. 8.

22 WORLD TRADE ORGANIZATION. *The WTO agreements series: agriculture*. Geneva: WTO, 2015. p. 17.

23 CIF é a abreviação para *Cost, Insurance and Freight*. Nesse tipo de transação, o fornecedor é responsável pelos riscos e custos da entrega da mercadoria, inclusive o seguro marítimo e frete.

24 WORLD TRADE ORGANIZATION. *The WTO agreements series: agriculture*. Geneva: WTO, 2015. p. 17.

25 JANK, Marcos S.; ARAÚJO, Leandro Rocha de; LIMA, Rod-

Ressalta-se que as tarifas estabelecidas em sede de salvaguarda não devem exceder a um terço da tarifa alfandegária propriamente dita²⁶ vigente no ano em que se tenha recorrido a esse mecanismo.²⁷ As salvaguardas especiais acionadas pelo aumento do volume (*trigger level*) devem ser mantidas unicamente até o final do ano. Já as acionadas pela queda dos preços (*trigger price*) devem ser impostas sobre a remessa/embarque (*shipment*) da mercadoria em questão.²⁸

2.2. Apoio doméstico

Os dispositivos sobre *apoio doméstico* foram delineados com o intuito de equilibrar dois objetivos distintos: (i) disciplinar e reduzir apoio doméstico, notadamente os que distorcem o comércio e (ii) garantir autonomia regulatória para que os Membros possam atender as peculiaridades dos seus setores agrícolas.²⁹ Destarte, todas as medidas de apoio, que direta ou indiretamente beneficiam agricultores, se encontram de alguma forma sujeitas às regras do AoA.³⁰

De modo geral, divide-se o apoio doméstico entre aqueles que não distorcem o comércio ou o fazem minimamente e aqueles que apresentam efeitos distorcivos às transações agrícolas internacionais. Mais especificamente, foram estabelecidas quatro caixas (*boxes*) para classificar as medidas de apoio doméstico: verde, amarela, azul e desenvolvimento.

Quadro 2 - Medidas de Apoio Doméstico sob o Acordo sobre Agricultura

Medidas de Apoio Doméstico sob o Acordo sobre Agricultura			
Caixa Verde	Caixa Amarela	Caixa Azul	Caixa de Desenvolvimento
<p>* Programas de Serviços Públicos: – Serviços Gerais: pesquisa para proteção do meio ambiente ou sobre produtos específicos, programas de controle pragas e doenças, formação de trabalhadores agrícolas, serviços de inspeção, serviços de promoção e <i>marketing</i> e serviços de infraestrutura;</p> <p>– Armazenamento público para fins de segurança alimentar;</p> <p>– Assistência alimentar doméstica;</p> <p>– Programas governamentais de financiamento de garantia de renda e de assistência social;</p> <p>– Assistência em caso de catástrofes naturais;</p> <p>– Ajustes estruturais quanto a: aposentadoria de produtores agrícolas, retirada de recursos da produção, auxílio ao investimento, programas ambientais e programas de assistência regionais.</p> <p>* Pagamentos diretos aos produtores não vinculados a decisões de produções.</p>	<p>* Medidas que distorcem o comércio, encorajando superprodução.</p> <p>* Abrange os pagamentos que têm uma ligação direta com o desempenho da produção.</p> <p>* Abrange políticas de preços mínimos, créditos subsidiados de custeio, investimento e comercialização, isenções fiscais, e pagamento complementares.</p>	<p>* Abrange pagamentos diretos e programas distorcivos a mecanismos de limitação da produção.</p> <p>* Foram criados, especialmente, para acomodar as medidas previstas na Reforma MacSharry de 1992 da Política Agrícola Comum da Comunidade Europeia.</p>	<p>* Países em desenvolvimento podem apoiar a agricultura como parte dos seus programas de desenvolvimento por meio de: – subsídios ao investimento direcionados a insumos agrícolas para produtos de baixa renda; e – apoio doméstico para encorajar produtores a diversificarem sua produção ao invés de se dedicarem a culturas narcóticas ilícitas (Artigo 6.2 AoA).</p>

Fonte: WTO, 2015; JANK, 2005.

rigo C.A.; JUNQUEIRA, Carla. Agricultura. In: THORSTENSEN, Vera; JANK, Marcos S. (coord). *O Brasil e os grandes temas do comércio internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2005. p. 45.

26 Artigo 5.4 do Acordo sobre Agricultura.

27 THORSTENSEN, Vera. *Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações comerciais*. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2005. p. 72.

28 WORLD TRADE ORGANIZATION. *The WTO Agreements Series*. Agriculture. Geneva: WTO, 2015. p. 18.

29 O Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (*Agreement on Subsidies and Countervailing Measures – ASCM*) identifica uma ampla gama de benefícios governamentais como subsídios acionáveis, mas exclui em grande parte as medidas de apoio doméstico mantidas em conformidade com o Acordo sobre Agricultura (LOWENFELD, Andreas. *International Economic Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 325).

30 WORLD TRADE ORGANIZATION. *The WTO Agreements series: agriculture*. Geneva: WTO, 2015. p. 19.

As medidas de apoio doméstico classificadas dentro da caixa verde (*green box*) abrangem atividades que não distorcem o comércio ou o fazem minimamente, sendo portanto permitidas sem nenhum tipo de limitação. As enumeradas dentro da caixa amarela (*amber box*) caracterizam-se por distorcer o comércio, sendo sujeitas a compromissos de redução. As listadas na caixa azul (*blue box*) distorcem o comércio, mas no âmbito da limitação da oferta. Elas são permitidas sem nenhum tipo de restrição e isentas de compromissos de redução desde que os pagamentos diretos sejam realizados em áreas ou rendimentos fixos ou em um número fixo de animais ou os pagamentos sejam efetuados sobre 85% ou menos da produção em um período de tempo determinado.³¹ As medidas de apoio doméstico da caixa de desenvolvimento também estão excetuadas dos compromissos de redução.

Em suma, as medidas de apoio previstas nas caixas verde e de desenvolvimento são permitidas de forma ilimitada. Todos os outros tipos de apoio doméstico devem permanecer dentro dos limites estabelecidos. Permite-se, todavia, que os Membros concedam quantidades mínimas de apoio doméstico (*de minimis*) mesmo que eles distorçam negativamente o comércio. Assim, isenta-se dos compromissos de redução o apoio doméstico direcionado tanto para produto específico quanto não específico que não exceda em 5% o valor total da produção para os países desenvolvidos, e em 10% o valor da produção para os países em desenvolvimento.³²

Quadro 3: Exceção *de minimis* de Apoio Doméstico do Acordo sobre Agricultura

Exceção <i>de minimis</i> de Apoio Doméstico do Acordo sobre Agricultura		
Grupo de Países	Porcentagem <i>de minimis</i> sobre Produto Específico	Porcentagem <i>de minimis</i> de Produto Não Específico
Países Desenvolvidos	5%	5%
Países em Desenvolvimento	10%	10%

Fonte: Elaboração CCGI-EESP/FGV.

Os Membros se comprometeram a reduzir as medi-

das de apoio doméstico mais distorcivas (caixa amarela) a partir da sua quantificação pela Medida Agregada de Apoio – MAA (*Aggregate Measurement of Support – AMS*).³³ Esse termo é definido no Artigo I (a) do Acordo como:

o nível de apoio anual, expresso em termos monetários, fornecido em função de um produto agrícola [...] ou apoio não especificado por produto fornecido em favor de produtos agrícolas em geral.

Em outras palavras, a MAA total “abrange o apoio a produto específico (direcionado a cada produto individualmente) e o apoio a produto não-específico (conferido a toda a produção do membro).”³⁴

Os países desenvolvidos se comprometeram a reduzir o total da MAA em 20%, durante um período de seis anos. Os países em desenvolvimento, por sua vez, se obrigaram a reduzir o total da MAA em 13%, em um período de 10 anos.³⁵

Quadro 4: Compromissos de Redução de Medidas de Apoio Doméstico listadas na Caixa Amarela do AoA

Compromissos de Redução de Medidas de Apoio Doméstico listadas na Caixa Amarela do AoA		
Grupo de Países	Redução do Total da Medida Agregada de Apoio	Período de Implementação
Países Desenvolvidos	20%	6 anos, a partir de 1995
Países em Desenvolvimento	13%	10 anos, a partir de 1995

Fonte: Elaboração CCGI-EESP/FGV.

Como observado por Lowenfeld,³⁶ há três tipos de apoio que estão isentos dos compromissos de redução e do cálculo total da MAA: (i) o apoio interno por produto específico, quando tal apoio não ultrapassar cinco por cento (países desenvolvidos) ou dez por cento (paí-

33 JANK, Marcos S.; ARAÚJO, Leandro Rocha de; LIMA, Rodrigo C. A.; JUNQUEIRA, Carla. Agricultura. In: THORSTENSEN, Vera; JANK, Marcos S. (coord.). *O Brasil e os grandes temas do comércio internacional*. São Paulo: Lex; Aduaneiras, 2005. p. 46.

34 JANK, Marcos S.; ARAÚJO, Leandro Rocha de; LIMA, Rodrigo C. A.; JUNQUEIRA, Carla. Agricultura. In: THORSTENSEN, Vera; JANK, Marcos S. (coord.). *O Brasil e os grandes temas do comércio internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2005. p. 46.

35 WORLD TRADE ORGANIZATION. *The WTO Agreements Series: Agriculture*. Geneva: WTO, 2015. p. 22.

36 LOWENFELD, Andreas. *International economic law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 327.

31 WORLD TRADE ORGANIZATION. *The WTO Agreements Series: Agriculture*. Geneva: WTO, 2015. p. 21.

32 WORLD TRADE ORGANIZATION. *The WTO Agreements Series: Agriculture*. Geneva: WTO, 2015. p. 21.

ses em desenvolvimento) do valor total de sua produção durante o ano correspondente; e o apoio interno não especificado por produto, quando tal apoio não ultrapassar cinco por cento (países desenvolvidos) ou dez por cento (países em desenvolvimento) do valor da sua produção agrícola total (exceção *de minimis*)³⁷; (ii) as políticas da *green box*, por serem consideradas com pouco efeito de distorção ao comércio, como programas de pesquisa, medidas de preservação ambiental, controle de pestes e doenças, programas de capacitação e auxílio alimentar para pessoas carentes e (iii) a políticas da *blue box*, referentes a pagamentos diretos realizados de forma conjunta com programas de limitação da produção.

Os países em desenvolvimento estão isentos³⁸ de incluírem no cálculo da MAA as medidas governamentais de assistência, direta ou indireta, destinadas ao desenvolvimento agrícola ou rural, ao fornecimento de insumos agrícolas aos produtores de baixa renda e à diversificação da produção com vistas a permitir o abandono de culturas narcóticas ilícitas (caixa de desenvolvimento).³⁹

2.3. Competição nas exportações

O terceiro e último pilar se refere aos dispositivos de *competição nas exportações*, segundo os quais os Membros se vinculam a identificar, na sua lista de compromissos, os subsídios à exportação concedidos bem como reduzi-los ao longo do tempo.⁴⁰ O Artigo 8 do AoA versa que:

cada Membro se compromete a não conceder subsídios à exportação que não estejam em conformidade com o presente Acordo e com os compromissos especificados em sua Lista.

Com base nos níveis de 1986-1990, os países desenvolvidos se comprometeram a reduzir seus subsídios à exportação em 36% quanto ao valor e 21% quanto ao volume das exportações, durante um período de seis anos. Os países em desenvolvimento acordaram em diminuir em 24% quanto ao valor e 14% o volume das exportações subsidiadas em um período de dez anos.⁴¹

Quadro 5 - Compromissos de redução dos subsídios à exportação no AoA

Compromissos de Redução dos Subsídios à Exportação no AoA			
Grupo de Países	Redução quanto ao Valor	Redução quanto ao Volume	Período de Implementação
Países Desenvolvidos	36%	21%	6 anos, a partir de 1995
Países em Desenvolvimento	24%	14%	10 anos, a partir de 1995

Fonte: Elaboração CCGI-EESP/FGV.

Por subsídios à exportação, entendem-se aqueles subordinados ao desempenho das exportações, que incluem:

- a) a concessão pelos governos ou por organismos públicos de subsídios diretos, incluindo pagamentos em espécie;
- b) a venda ou distribuição para exportação, realizada pelos governos ou por organismos públicos, de estoques não comerciais de produtos agrícolas a preço inferior ao preço comparável cobrado no mercado interno;
- c) pagamentos para exportação de um produto agrícola financiado por medidas governamentais;
- d) subsídios para reduzir os custos de comercialização das exportações de produtos agrícolas, inclusive os custos referentes a processamento, transporte e frete;
- e) tarifas de transporte interno e de frete estabelecidas em termos mais favoráveis do que aqueles para carregamento doméstico;
- f) subsídios a produtos agrícolas subordinados à incorporação de tais produtos a produtos exportados (Artigo 9.1, AoA).

A lista de atividades prevista no Artigo 9 do Acordo sobre Agricultura não é exaustiva, ou seja, ela não esgota todas as práticas que podem ser classificadas como subsídios à exportação.⁴² Os compromissos de limitação⁴³ abrangem gastos orçamentários e volumes de exportação.⁴⁴

37 Artigo 6.4 (a) (i) (ii) do Acordo sobre Agricultura.

38 Artigo 6.2 do Acordo sobre Agricultura.

39 THORSTENSEN, Vera. *Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações comerciais*. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2005. p. 73.

40 LOWENFELD, Andreas. *International economic law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 324.

41 THORSTENSEN, Vera. *Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações*

comerciais. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2005. p. 70.

42 VAN DEN BOSSCHE, Peter; ZDOUC, Werner. *The law and policy of the world trade organization*. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 839.

43 Artigo 9.2 (a) (i) (ii).

44 THORSTENSEN, Vera. *Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações*

Destarte, o Acordo sobre Agricultura proíbe os subsídios à exportação, exceto nos casos em que:

- i. um país já tenha especificado na sua lista de compromisso os subsídios à exportação sobre grupos de produtos ou produtos específicos que se obriga a reduzir;
- ii. por um período limitado de tempo enquanto os subsídios estavam sendo reduzidos (de 2 a 5 anos do período de implementação);
- iii. países em desenvolvimento em sede de tratamento especial e diferenciado se encontram implementando as obrigações do Acordo; e
- iv. o subsídio à exportação não esteja listado no Artigo 9.1, desde que não seja utilizado para contornar (*circumvent*) os compromissos de redução dos subsídios à exportação.⁴⁵

No âmbito do Acordo sobre Agricultura, estabeleceu-se a cláusula da paz (*peace clause*) (Artigo 13), segundo a qual os Membros se comprometeram em abster-se de acionar os subsídios agrícolas no sistema de solução de controvérsias da OMC e de fazer uso de qualquer medida de compensação durante o período de nove anos (1995-2003). Essa cláusula expirou no final de 2003, de modo que os Membros desde então são livres para questionar os subsídios agrícolas perante o sistema de solução de controvérsias da OMC.⁴⁶

Importante destacar que, em princípio, todas as regras sobre o comércio de bens são aplicáveis à agricultura. Isso significa que o GATT e todos os outros acordos oficialmente elencados no anexo 1A do Acordo Constitutivo da OMC se aplicam às políticas agrícolas comerciais dos Membros.⁴⁷ Essas regras se encontram tanto nos acordos em si quanto nos diversos documentos legais conhecidos como entendimentos (*understandings*).

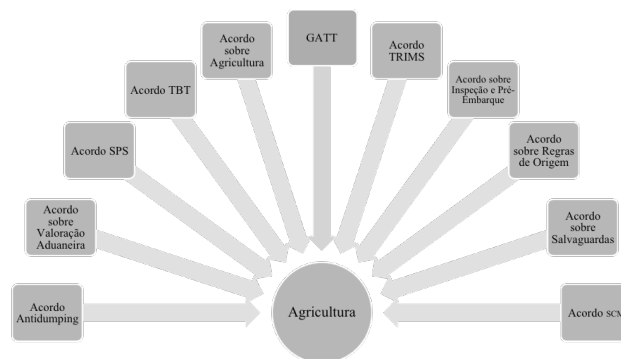
comerciais. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2005. p. 74.

45 WORLD TRADE ORGANIZATION. *The WTO Agreements Series: Agriculture*. Geneva: WTO, 2015. p. 26.

46 JANK, Marcos S.; ARAÚJO, Leandro Rocha de; LIMA, Rodrigo C. A.; JUNQUEIRA, Carla. Agricultura. In: THORSTENSEN, Vera; JANK, Marcos S. (coord.). *O Brasil e os grandes temas do comércio internacional*. São Paulo: Lex; Aduaneiras, 2005. p. 49.

47 Segundo Artigo 21.1 do Acordo sobre Agricultura: “aplicar-se-ão as disposições do GATT 1994 e dos demais Acordos Multilaterais de Comércio que figuram no Anexo 1A do Acordo Constitutivo da OMC, sujeitos às disposições do presente Acordo.”

Figura 2 – Acordos da OMC aplicáveis ao comércio agrícola



Fonte: WTO, 2015, p. 12. Elaborado por CCGI-EESP/FGV.⁴⁸

No entanto, em caso de conflito entre as regras do Acordo sobre Agricultura e as dos demais Acordos da OMC, devem prevalecer aquelas em detrimento destas.⁴⁹ O mesmo se aplica a questões referentes a subsídios. Em razão da especificidade na regulação da matéria, aplicam-se as regras do Acordo sobre Agricultura em vez das regras do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (SCM).⁵⁰ Registra-se que o Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (*General Agreement on Trade in Services – GATS*) e o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPS*) também podem ser aplicados à agricultura na medida em que tocam aspectos das transações agrícolas internacionais.⁵¹

Instituiu-se um Comitê de Agricultura responsável por coordenar a implementação do Acordo e realizar revisões dos compromissos estabelecidos. Esse Comitê também serve como um fórum de discussão, no qual os Membros podem se consultar sobre qualquer tema

48 Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994 (GATT), Acordo sobre Agricultura (AoA), Acordo sobre Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (SPS), Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (TBT), Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio (TRIMS), Acordo sobre a Implementação do Artigo VI (Antidumping), Acordo sobre a Implementação do Artigo VII (Valoração Aduaneira), Acordo sobre Inspeção Pré-Embarque, Acordo sobre Regras de Origem, Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (SCM), Acordo sobre Salvaguardas.

49 WORLD TRADE ORGANIZATION. *The WTO agreements series: agriculture*. Geneva: WTO, 2015, p. 12.

50 VAN DEN BOSSCHE, Peter; ZDOUC, Werner. *The law and policy of the world trade organization*. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 844.

51 WORLD TRADE ORGANIZATION. *The WTO agreements series: agriculture*. Geneva: WTO, 2015. p. 12.

relacionado à implementação dos dispositivos pactuados. Com o intuito de facilitar a adequação das políticas agrícolas nacionais com os compromissos de reduções tarifárias e de subsídios acordados sob o AoA, estabeleceu-se um período de implementação de seis anos para os países desenvolvidos e de dez anos para as nações em desenvolvimento. Nesse intervalo, os Membros se comprometeram a ajustar, progressivamente, a sua legislação nacional às obrigações do AoA.⁵²

Além do maior tempo de implementação do Acordo sobre Agricultura, os países em desenvolvimento dispõem de outros dispositivos para tratamento especial e diferenciado, tais como: (i) direito de utilizar determinados tipos de apoio doméstico de forma ilimitada (caixa de desenvolvimento); (ii) maior nível de apoio doméstico (*de minimis*) distorcivo ao comércio permitido (10% do valor da produção, enquanto países desenvolvidos 5%); e (iii) compromissos de redução mais brandos de tarifas e subsídios à exportação (dois terços a menos do que os exigidos aos países desenvolvidos).⁵³ Por seu turno, os países de menor desenvolvimento relativo não foram solicitados a assumir compromissos.⁵⁴

A Rodada Uruguai também previu uma decisão ministerial separada para lidar com as preocupações dos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos que dependem da importação de alimentos de baixo preço subsidiados provenientes de países industrializados. A *Decision on Measures Concerning the Possible Negative Effects of the Reform Programme on Least Developed (LDCs) and Net-Food-Importing Developing Countries (NFIDCs)* admite que esses dois grupos de países disponham do tempo necessário para ajustar as suas importações aos preços que, devido às reformas geradas pelo AoA, tenham sido majorados.⁵⁵

De modo geral, nenhuma liberalização significativa de tarifas foi alcançada no curto prazo pelo Acordo sobre Agricultura.⁵⁶ Também se critica o Acordo por, na verdade, legalizar, no âmbito do GATT, as políticas agrícolas protecionistas e subsidiadas dos países desenvol-

vidos principalmente da União Europeia e dos EUA.⁵⁷ O AoA também se furta de tratar de temas centrais à regulação internacional do comércio agrícola, como é o caso dos créditos à exportação.⁵⁸

Em que pesem as suas limitações, assinala-se que o Acordo sobre Agricultura não é um *fait accompli*. A reforma do comércio agrícola internacional não foi encerrada com o fim da Rodada Uruguai e com a adoção do AoA, sendo este apenas um primeiro passo no sentido de uma modificação mais profunda.⁵⁹ No próprio texto do Acordo, os Membros se comprometeram a dar continuidade ao processo de reforma quanto a reduções progressivas e substanciais em apoio e proteção do setor agrícola (Artigo 20). Destaca-se que as negociações foram retomadas em 2000 e logo trazidas para a agenda da Rodada Doha quando lançada em 2001.⁶⁰

2.4. Ministerial de Bali

Por ocasião da 9ª Conferência Ministerial realizada em Bali (Indonésia) em Dezembro de 2013, os Membros conseguiram avançar em importantes pontos da Agenda de Doha, inclusive em agricultura. Adotaram-se disciplinas sobre: (i) aprimoramento da forma como as quotas-tarifárias são administradas; (ii) inserção de programas de interesse de países em desenvolvimento na caixa verde de apoio doméstico; e (iii) proteção temporária de estocagem pública de alimentos para propósitos de segurança alimentar.⁶¹

No pilar de acesso a mercados, instituiu-se entendimento sobre administração das quotas-tarifárias

52 WORLD TRADE ORGANIZATION. *The WTO agreements series: agriculture*. Geneva: WTO, 2015. p. 13.

53 WORLD TRADE ORGANIZATION. *The WTO agreements series: agriculture*. Geneva: WTO, 2015. p. 32.

54 Artigo 15 do Acordo sobre Agricultura.

55 WORLD TRADE ORGANIZATION. *The WTO agreements series: agriculture*. Geneva: WTO, 2015. p. 11.

56 LOWENFELD, Andreas. *International economic law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 323.

57 THORSTENSEN, Vera. *Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações comerciais*. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2005. p. 77.

58 O Artigo 10 (2) do Acordo sobre Agricultura apenas prevê que: “Os Membros se comprometem a esforçar-se pela elaboração de disciplinas internacionalmente acordadas para reger a concessão de créditos à exportação, garantias de créditos à exportação ou programas de seguro e, após acordo, tais disciplinas a conceder os créditos à exportação, as garantias de créditos à exportação ou os programas de seguro em conformidade unicamente com as mesmas.”

59 WORLD TRADE ORGANIZATION. *The WTO agreements series: agriculture*. Geneva: WTO, 2015. p. 50.

60 WORLD TRADE ORGANIZATION. *2016 Annual Report*. Geneva: WTO, 2016. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/anrep_e/anrep16_e.pdf. Acesso em: 27 Ago. 2018. p. 34.

61 WORLD TRADE ORGANIZATION. *2014 Annual Report*. Geneva: WTO, 2014. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/anrep_e/anrep14_e.pdf. Acesso em: 27 Ago. 2018. p. 6.

(*tariff-rate quotas administration – TRQ*) com o propósito de sanar problemas com a sua alocação e, consequentemente, o seu não preenchimento. A solução encontrada para dirimir esse problema consiste em promover a troca de informações e consultas no âmbito do Comitê de Agricultura sobre quotas cronicamente não preenchidas. Caso esse mecanismo não resolva a questão, o país importador deve mudar o seu método de administração da quota.⁶² O principal objetivo do entendimento está em reduzir a possibilidade de os países criarem barreiras comerciais por meio dos métodos que eles utilizam para distribuir as quotas entre os importadores.⁶³

Enquanto os países desenvolvidos se comprometeram em permitir a importação de produtos até que a quota seja alcançada (*first-come, first-served*) ou por meio da emissão de licenças de importação para cada pedido até se atingir o limite da quota (*automatic license on demand*), as nações em desenvolvimento foram facultadas a utilizar qualquer outro meio alternativo de administração. Ressalta-se que esse entendimento deve ser revisado em 2019.⁶⁴

No pacote de Bali, há duas decisões sobre apoio doméstico. A primeira⁶⁵ se refere à expansão da lista de serviços gerais da caixa verde. Incluíram-se programas considerados de particular interesse dos países em desenvolvimento, como os relacionados à reforma agrária, gerenciamento de água e subsistência de trabalhadores rurais.⁶⁶ A segunda⁶⁷ concerne à estocagem pública de alimentos para fins de segurança alimentar. Essa disposição prevê apenas uma solução provisória para a questão, permitindo que os Membros protejam seus programas de estocagem pública para segurança alimentar envolvendo compras de alimentos a preços administrados. Dessa forma, mesmo que essa prática viole os limites de apoio doméstico distorcivos ao comércio, instituídos pelos Membros, ela não pode ser legalmente questionada a respeito do Acordo de Agricultura.⁶⁸

62 WORLD TRADE ORGANIZATION. *The WTO agreements series: agriculture*. Geneva: WTO, 2015. p. 18.

63 WORLD TRADE ORGANIZATION. *The WTO agreements series: agriculture*. Geneva: WTO, 2015. p. 25.

64 WORLD TRADE ORGANIZATION. *The WTO agreements series: agriculture*. Geneva: WTO, 2015. p. 19.

65 Decisão Ministerial WT/MIN(13)/37 de 11 de Dezembro de 2013.

66 WORLD TRADE ORGANIZATION. *The WTO agreements series: agriculture*. Geneva: WTO, 2015. p. 20.

67 Decisão Ministerial WT/MIN(13)/38 de 11 de Dezembro de 2013.

68 WORLD TRADE ORGANIZATION. *The WTO agreements*

2.5. Ministerial de Nairóbi

Na Conferência Ministerial da OMC realizada em Nairóbi (Quênia), em Dezembro de 2015, os Membros conseguiram avançar em importantes temas da agenda de negociações agrícolas. O pacote de Nairóbi é formado por seis decisões ministeriais que abrangem agricultura, algodão e questões de interesse específico de países de menor desenvolvimento relativo.⁶⁹

Estabeleceram-se novas obrigações quanto à eliminação dos subsídios à exportação, créditos voltados à exportação, empresas estatais dedicadas à exportação, ajuda alimentar internacional, estocagem pública de alimentos e mecanismos de salvaguardas especiais.⁷⁰

Quanto aos subsídios à exportação, os países desenvolvidos se comprometeram a eliminar imediatamente aqueles restantes das suas listas de compromissos a partir da data da aprovação da Decisão Ministerial de Nairóbi. Os países em desenvolvimento, por sua vez, vincularam-se a extinguir as suas prerrogativas de subsídios à exportação até o final de 2018.⁷¹ Excetuam-se desse compromisso os subsídios à exportação de laticínios, de carne de porco e de alimentos processados até 2020.⁷²

Regras sobre créditos à exportação, garantias de créditos à exportação e programas de seguro agrícola também foram previstos. Esses três tipos de atividades foram denominadas como apoio financeiro à exportação (*export financing support*) e abrangem: (i) apoio financeiro direto; (ii) cobertura de riscos; (iii) contratos de crédito intergovernamental; e (iv) qualquer outra forma de apoio direto ou indireto de crédito à exportação de natureza intergovernamental, inclusive faturação diferida e cobertura de risco cambial.⁷³

No tocante às empresas estatais dedicadas à exportação, determina-se que as suas operações sejam con-

series: agriculture. Geneva: WTO, 2015. p. 25.

69 AZÉVEDO, Roberto. Message from Director-General Roberto Azevêdo. In: WORLD TRADE ORGANIZATION. *2016 Annual Report*. Geneva: WTO, 2016. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/anrep_e/anrep16_e.pdf. Acesso em: 27 ago. 2018. p. 2.

70 HEPBURN, Jonathan. Uma avaliação do pacote agrícola de nairóbi. *Pontes*, v. 12, n. 1, p. 23-26, mar. 2016. p. 26.

71 Parágrafos 6 e 7 da Decisão Ministerial de Nairóbi de 19 de Dezembro de 2015.

72 Nota de rodapé 4 da Decisão Ministerial de Nairóbi de 19 de Dezembro de 2015.

73 Parágrafo 13 da Decisão Ministerial de Nairóbi de 19 de Dezembro de 2015.

duzidas em respeito às disciplinas instituídas no âmbito da Decisão Ministerial de Nairóbi, bem como que seus poderes de monopólio de exportação sejam exercidos de forma a minimizar efeitos distorcivos ao comércio e não resultem em desvio ou restrição das exportações de outro Membro.⁷⁴ Apesar de essas empresas estatais se localizarem principalmente na China e na Índia, países desenvolvidos como Austrália e Nova Zelândia também apresentam participação significativa desse tipo de empresa.⁷⁵

Novos princípios para a ajuda alimentar internacional foram delineados pela Decisão Ministerial de Nairóbi. Instituiu-se que a sua concessão seja: (i) necessária; (ii) de forma completamente gratuita; (iii) não esteja vinculada direta ou indiretamente à exportação de produtos agrícolas ou de outros bens e serviços e (iv) não esteja relacionada com a expansão do mercado interno do Membro doador.⁷⁶ Também se proíbe a sua reexportação de qualquer forma, salvo por questões logísticas quando necessário para agilizar o fornecimento de ajuda alimentar para países em situação de emergência ou quando o produto agrícola não teve entrada permitida, foi considerado inapropriado ou não mais necessitado.⁷⁷

O principal objetivo desses princípios reside em garantir ajuda em casos de emergência humanitária sem que o auxílio consista na prática em um subsídio à exportação disfarçado.⁷⁸ A ajuda alimentar somente pode ser vendida (monetizada) para arrecadar fundos para projetos de desenvolvimento quando houver necessidade comprovada dos recursos para entrega e transporte dos alimentos ou para reparar déficit alimentar de curto e longo prazo (desnutrição e fome crônica).⁷⁹

Em que pese a Decisão Ministerial de Nairóbi trazer dispositivos sobre estoques públicos instituídos para fins de segurança alimentar, pouco se avançou na consolidação de resultados concretos sobre o assunto. Determina-se apenas que os Membros envidem os me-

lhores esforços para encontrar uma solução permanente para a questão por meio de negociações paralelas à Agenda de Desenvolvimento de Doha. Pretende-se, assim, dar maior celeridade às tratativas para se chegar a um consenso sobre a questão.⁸⁰

Posicionamento similar também foi tomado quanto à adoção de um mecanismo de salvaguardas agrícolas especiais por meio do qual os países em desenvolvimento poderiam elevar temporariamente suas tarifas para lidar com surtos de importação e queda dos preços. Determinou-se, apenas, a realização de negociações em seções especiais no Comitê de Agricultura e a supervisão regular de seu progresso pelo conselho geral.⁸¹ Esse “direito” a recorrer a tal mecanismo foi primeiramente previsto no parágrafo 7 da Declaração Ministerial de Hong Kong de 2005.⁸²

Em uma decisão em separado, países desenvolvidos e alguns em desenvolvimento se comprometeram a conceder acesso preferencial aos seus mercados para algodão proveniente de países de menor desenvolvimento relativo por meio da sua importação livre de quotas ou tarifas.⁸³ Eles também acordaram em garantir maior transparência quanto às medidas de apoio doméstico⁸⁴ e em implementar os compromissos assumidos no âmbito de competição das exportações para o algodão.⁸⁵

2.6. Ministerial de Buenos Aires

Apesar de um grande número de novas propostas terem sido apresentadas e discutidas antes do início da décima primeira Conferência Ministerial, realizada em Buenos Aires (Argentina), em dezembro de 2017, não houve consenso quanto às negociações sobre agricultura.⁸⁶ Tampouco houve a adoção de decisão ministerial

80 Parágrafo 2 da Decisão WT/MIN(15)44 – WT/L/979.

81 Decisão Ministerial WT/MIN (15)/43 – WT/L/978 de 19 de Dezembro de 2015.

82 BALIÑO, Alicia; KIMBERLEY, Botwright; GUDDOY, Kiranne; HEPBURN, Jonathan. Overview of Outcomes of WTO's 10th Ministerial in Nairobi. *Bridges Daily Update*, Geneva, n. 5, p. 1-6, Dec. 2015. p. 2.

83 Artigo 1.1 (2) da Decisão WT/MIN(15)46 – WT/L/981 de 19 de Dezembro de 2015.

84 Artigo 1.2 da Decisão WT/MIN(15)46 – WT/L/981 de 19 de Dezembro de 2015.

85 Artigo 1.3 da Decisão WT/MIN(15)46 – WT/L/981 de 19 de Dezembro de 2015.

86 INTERNATIONAL CENTRE FOR TRADE AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT. *Achieving Progress In Multilateral Trade Negotiations on Agriculture*. Geneva: ICTSD, 2018. p. 1.

74 Parágrafos 20 e 21 da Decisão Ministerial de Nairóbi de 19 de Dezembro de 2015.

75 HEPBURN, Jonathan. Uma avaliação do pacote agrícola de Nairóbi. *Pontes*, v. 12, n. 1, p. 23-26, Mar. 2016. p. 24.

76 Parágrafo 23 da Decisão Ministerial de Nairóbi de 19 de Dezembro de 2015.

77 Parágrafo 23 da Decisão Ministerial de Nairóbi de 19 de Dezembro de 2015.

78 HEPBURN, Jonathan. Uma avaliação do pacote agrícola de Nairóbi. *Pontes*, v. 12, n. 1, p. 23-26, Mar. 2016. p. 24.

79 Parágrafo 27 da Decisão Ministerial de Nairóbi de 19 de Dezembro de 2015.

pelos Membros em qualquer dos três pilares pertinentes ao tema — apoio doméstico, acesso a mercados e competição nas exportações — do Acordo sobre Agricultura.⁸⁷

Os Membros discutiram quatro propostas sobre armazenamento público para fins de segurança alimentar. As propostas submetidas por (i) Brasil, países membros da União Europeia, Colômbia, Peru e Uruguai⁸⁸ e pelo (ii) G-33 isentavam os programas de armazenamento público da Medida Agregada de Apoio (MAA) e estipulavam diferentes condições para a sua utilização. Enquanto a proposta de Brasil, países membros da União Europeia, Colômbia, Peru e Uruguai abrange apenas os programas de armazenagem pública de países de menor desenvolvimento relativo e programas menores de países em desenvolvimento, a proposta do G-33 defende uma cobertura mais ampla, incluindo todos os programas públicos de armazenamento dos países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo.⁸⁹ As duas outras propostas de (iii) Rússia e Paraguai e de (iv) Noruega e Singapura seguem a linha da cláusula da paz enunciada na Decisão Ministerial de Bali e procuram estabelecer um “escudo legal” contra disputas sobre esse assunto com base no Acordo sobre Agricultura.⁹⁰ Devido ao fracasso das negociações sobre esse ponto, a decisão provisória sobre a cláusula da paz permanece em vigor até que uma solução permanente seja acordada.

Apesar de os Membros concordarem amplamente em limitar ainda mais os apoios domésticos que distorcem o comércio agrícola internacional, os posicionamentos sobre como esse objetivo deve ser alcançado diferenciaram-se significativamente. As discussões envolveram a introdução de um limite geral de apoio doméstico distorcivo ao comércio e como esse limite deveria ser estabelecido, seja, por exemplo, por meio de um teto fixo, ou por uma porcentagem da produção.⁹¹

Por fim, a OMC e o *International Trade Center* (ITC) lançaram, durante a décima primeira Conferência Ministerial, o portal do algodão (*Cotton Portal*)⁹² que fornece, em um única plataforma on-line, todas as informações disponíveis sobre algodão, como, regras de acesso a mercado, estatísticas comerciais, assistência ao desenvolvimento, contatos comerciais de determinados países. Essa iniciativa responde a uma demanda dos países do *Cotton-4* (Burkina Faso, Benin, Chade e Mali) por uma melhora no acesso à informação sobre acesso a mercados.⁹³

Com base na análise desenvolvida, pode-se afirmar que ainda há muito em que se avançar na regulação do comércio internacional agrícola, principalmente em questões de grande relevância para os países em desenvolvimento. A fim de se compreender os principais atores e os interesses que permeiam a instituição dessas regras, cumpre investigar o posicionamento do Brasil e dos EUA nessas negociações multilaterais.

3. POSICIONAMENTO DE BRASIL E EUA NAS NEGOCIAÇÕES AGRÍCOLAS NO SISTEMA MULTILATERAL DO COMÉRCIO

O comércio internacional tem se desenvolvido ao longo dos anos por meio de regras e diretrizes gerais, as quais foram sendo elaboradas, de início, por tratados bilaterais e, a partir da criação do GATT 1947 e da OMC, por meio do aprofundamento de negociações multilaterais. Como plataforma de negociação política, o sistema multilateral do comércio é marcado pela atuação das partes contratantes tanto individualmente quanto em grupos e coalizões. O desempenho dessas partes em busca da afirmação de suas posições coaduna-se com o interesse que prevalece em cada período de negociação. Atualmente, observa-se atuação concomitante tanto de membros desenvolvidos quanto em desenvolvimento.

Todavia, salienta-se que essa dinâmica negociadora nem sempre foi assim. Antes do fim da Segunda Guerra Mundial, já nos momentos que antecederam a negociação da Carta de Havana (1947), EUA e Reino Unido, potências prevaletentes e que redesignavam o novo

87 WORLD TRADE ORGANIZATION. 2018 Annual Report. Geneva: WTO, 2018. p. 32.

88 Ver documento JOB/A/99 da OMC. Disponível em: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/july/tradoc_155777.pdf. Acesso em: 17 Set. 2018.

89 WORLD TRADE ORGANIZATION. MC11 in brief: agricultural issues. Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc11_e/briefing_notes_e/bfagric_e.htm. Acesso em: 17 Set. 2018.

90 WORLD TRADE ORGANIZATION. 2018 Annual Report. Geneva: WTO, 2018. p. 46.

91 WORLD TRADE ORGANIZATION. 2018 Annual Report. Geneva: WTO, 2018. p. 47.

92 Para mais informações, ver : <http://www.cottonportal.org/cotton>.

93 WORLD TRADE ORGANIZATION. 2018 Annual Report. Geneva: WTO, 2018. p. 48.

cenário internacional à época, já apontavam para uma convergência na construção de uma nova ordem econômica internacional baseada no liberalismo. Esse sistema seria a instrumentalização para o progresso econômico, por intermédio da remoção de barreiras ao comércio e do acesso igualitário às matérias-primas, incluindo nesse âmbito os produtos agrícolas.⁹⁴

Em negociações relativas à preparação da Carta de Havana, os EUA propuseram a proibição de todas as barreiras não tarifárias, de forma a limitar que os governos interferissem no fluxo de livre de comércio. Essa abordagem, desenvolvida pelos diplomatas americanos na década de 1940, no âmbito do Comitê Preparatório para a Conferência de Havana, incluía, ainda, estabelecer um quadro de redução tarifária e impor limites ao direito dos Estados em intervirem no comércio privado. No entanto, ressalta-se que, mesmo em consonância com o posicionamento do Reino Unido previamente à Conferência de Havana, o Departamento de Agricultura dos EUA almejava que o setor agrícola fosse excluído das tratativas.

Em 1948, foi realizada a Conferência Internacional sobre Comércio e Emprego ou Conferência de Havana, convocada pela Organização das Nações Unidas (ONU). Nesta também foi idealizada a criação da Organização Internacional do Comércio (OIC), a qual seria cunhada com o objetivo de supervisionar e liberalizar o comércio internacional, sendo dotada de um mandato e programa abrangentes. O projeto da Carta constitutiva da OIC ficou conhecido como Carta de Havana e, nesta, foi desenvolvida uma série de capítulos que exprimiam as preocupações da época, tais como Atividade Econômica e Emprego, Desenvolvimento Econômico e Reconstrução, Política Comercial, Práticas Negociais Restritivas (de partes privadas), Acordos Intergovernamentais sobre *Commodities* e Disposições Institucionais.

Ressalta-se que a posição norte-americana na Conferência de Havana era a de que os países menos desenvolvidos poderiam melhor prosseguir com o seu desenvolvimento econômico por meio da participação no sistema multilateral do comércio, aliado ao menor nível possível de tarifas. Essa ótica teve o apoio de vários Estados, como Canadá e Reino Unido, porém, outros países, como Índia, Brasil e Austrália, seguiram com pontos de vista opostos, exigindo disposições especiais na Carta de Havana para o alcance do desenvolvimento

econômico e da flexibilidade na utilização de tarifas e outras barreiras com vistas à proteção da indústria nascente.

Outro debate que circundou as negociações da OIC foi a questão dos subsídios, especialmente subsídios à exportação, que constituíam um dos pilares da política agrícola americana. Nessa época, vigorava nos EUA o *Agricultural Adjustment Act*, de 1938, que permitia que as autoridades americanas recorressem às tarifas, restrições quantitativas e subsídios à exportação de modo a estabilizar os preços domésticos.⁹⁵ Reino Unido, Canadá e Brasil convergiam em objeção a essas medidas e, adicionalmente, o Reino Unido assinalava sua contrariedade aos subsídios ligados à renda não vinculados a *commodities* específicas.⁹⁶

Com a decisão dos EUA de não ratificar a Carta de Havana, uma vez que temia-se que não fosse aprovada no Congresso, a proposta de criação da OIC entrou em colapso. O mesmo aconteceu com as dispositivos da Carta, inclusive aqueles referentes à agricultura, como os Acordos Intergovernamentais sobre *Commodities* e os relativos ao desenvolvimento econômico. No entanto, as disposições relativas às tarifas e outras questões sobre a importação e exportação de bens tinham sido finalizadas no início do processo preparatório para a Conferência de Havana e foram incluídas no denominado Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), de 1947.⁹⁷ Negociações sobre tarifa faziam parte do mandato do presidente dos EUA e não precisavam ser aprovadas pelo Congresso, o que viabilizou a criação do GATT.

Assim, com a entrada em vigor do GATT 47, foram delineados mecanismos jurídicos para tratar do

95 JANK, Marcos S.; ARAÚJO, Leandro Rocha de; LIMA, Rodrigo C. A.; JUNQUEIRA, Carla. Agricultura. In: THORSTENSEN, Vera; JANK, Marcos S. (coord.). *O Brasil e os grandes temas do comércio internacional*. São Paulo: Lex; Aduaneiras, 2005. p. 48.

96 PORTER, Jane M.; BOWERS, Douglas E. *A short history of U.S. agricultural trade negotiations*. Staff Report AGES 89-23. Washington DC: Agricultural and Rural Economy Division, Economic Research Service, US Department of Agriculture, 1989. p. 3.

97 Segundo Paulo Estivallet de Mesquita: “com isso, o principal instrumento de regulamentação do comércio internacional ficou sendo o GATT, um acordo “provisório” negociado em 1947, em Genebra, durante a terceira das quatro reuniões do Comitê Preparatório da OIC. As cláusulas gerais do GATT inspiraram-se em larga medida no capítulo do projeto de Carta constitutiva da OIC que tratava de regras comerciais, o qual, por sua vez, tinha sido fortemente influenciado por acordos comerciais bilaterais, principalmente aqueles negociados pelos EUA depois de 1934” (MESQUITA, Paulo Estivallet de. *A Organização Mundial do Comércio*. Brasília: FUNAG, 2013. p. 26).

94 THIRD WORLD NETWORK. *The multilateral trading system: a development perspective*. New York: UNDP, 2001. p. 29.

comércio de bens de forma geral. Contudo, as Partes integrantes do GATT, por sua vez, empreenderam, paulatinamente, esforços para trazer o comércio agrícola à baila nas rodadas de negociação para que este também fosse disciplinado pelo sistema multilateral do comércio e para que, principalmente, fossem coibidos os abusos praticados pelos Estados.

Na Rodada Annecy (1949), por exemplo, observou-se o episódio em que a concessão de uma quota com tarifa reduzida para manteiga pelos EUA foi considerada “excessiva”. Isso levou o Secretário de Agricultura a impor, legalmente, uma proibição à importação de manteiga. Esse caso se materializou na primeira autorização de suspensão de concessões por uma parte contratante (Holanda) a outra por violação ao GATT.⁹⁸

Entretanto, o GATT previa certas derrogações ou exceções especiais (*waivers*), as quais outorgavam tratamento diferenciado protecionista aos produtos agrícolas, prejudicando a liberalização do setor. Dentre essas medidas, destacam-se: (i) barreiras tarifárias; (ii) barreiras não tarifárias (quotas e restrições quantitativas) e (iii) subsídios — tanto à produção doméstica quanto à exportação.⁹⁹

Quanto às restrições quantitativas, o Artigo XI do GATT 47¹⁰⁰ prescrevia que era proibida a utilização de quotas e outras formas de restrição sobre quantidades comercializadas. Entretanto, essa disposição era alvo de algumas exceções referentes à produção agrícola, desde que vinculadas a programas de limitação da produção.¹⁰¹ Essas exceções consistiam em: (i) restrições à exportação relacionadas à prevenção ou ao alívio de escassez de

alimentos nas economias exportadoras; (ii) restrições à importação e exportação, quando necessárias à aplicação de regulamentos ou padrões para a gradação, classificação e comercialização de *commodities* no comércio internacional; e (iii) restrições à importação com vistas à viabilização de restrição da produção ou comercialização de determinado produto doméstico similar ou a remoção de excesso temporário da produção nacional similar.¹⁰²

Importante destacar que, após a Segunda Guerra Mundial, continuava a vigorar nos EUA o *Agriculture Adjustment Act*, com novas atualizações. Contudo, posteriormente, e de forma paradoxal ao objetivo de liberalização, em 1955, os países contratantes do GATT concederam um *waiver* para a Seção 22 do *Agriculture Adjustment Act*, em que ficou estabelecida a permissão para o uso de tarifas, restrições quantitativas e subsídios à exportação como instrumentos de proteção agrícola, em consonância com a realidade da política norte-americana e os *lobbies* ruralistas no Congresso à época. Assim, os EUA, não satisfeitos, e mesmo diante de violação ao GATT 47, empreenderam uso de ajustes e quotas sobre as importações de uma grande gama de produtos, como algodão, trigo, amendoim, aveia, centeio, cevada e produtos derivados destes, bem como produtos lác-

98 MESQUITA, Paulo Estivallet de. *A Organização Mundial do Comércio*. Brasília: FUNAG, 2013, p. 35.

99 Nas palavras de John M. Breen: “In some cases, the GATT adopted special rules with respect to agriculture; in other cases, nations gained special treatment by explicit waivers, reservations in accession agreements, or informal “grandfather” agreements. Still other policies are nominally addressed by the GATT, but in practice the provisions have had little or no effect” (BREEN, John M. *The GATT Uruguay round: a negotiating history (1986-1992) agriculture*. Boston: Kluwer Law and taxation Publishers, 1993. p. 4.)

100 Segundo o texto original do Artigo XI (General Elimination of Quantitative Restrictions), parágrafo 1º, do GATT 1947: “No prohibitions or restrictions other than duties, taxes or other charges, whether made effective through quotas, import or export licences or other measures, shall be instituted or maintained by any contracting party on the importation of any product of the territory of any other contracting party or on the exportation or sale for export of any product destined for the territory of any other contracting party”.

101 MESQUITA, Paulo Estivallet de. *A Organização Mundial do Comércio*. Brasília: FUNAG, 2013, p. 33.

102 Segundo Paulo Estivallet de Mesquita: “O GATT contém várias exceções pautadas pelo realismo — em especial, pela realidade da política norte-americana da década de 1940. Em 1947, um senador norte-americano propôs suspender as negociações em Genebra até que a Comissão de Comércio Internacional (USITC) tivesse analisado o impacto que tarifas mais baixas teriam sobre a economia norte-americana. O Departamento de Estado negociou com o Senado a rejeição da proposta, em troca de uma válvula de escape — uma “salvaguarda” — que permitiria elevar tarifas se, por circunstâncias imprevistas, o aumento das importações de um produto causasse dano à indústria doméstica. Essa cláusula de salvaguarda foi incorporada *ipsis literis* no GATT. O artigo que estabelece a proibição geral de restrições quantitativas contém uma exceção feita sob medida para atender os requisitos da legislação agrícola norte-americana. Com base no Agricultural Adjustment Act de 1933, os produtores norte-americanos de lavouras básicas (*basic crops*) recebiam, em troca da participação em programas de controle de oferta, preços de sustentação relacionados aos preços vigentes no período anterior à I Guerra Mundial — superiores, em decorrência da deflação do pós-Guerra, aos preços mundiais” (MESQUITA, Paulo Estivallet de. *A Organização Mundial do Comércio*. Brasília: FUNAG, 2013, p. 32).

teos¹⁰³.¹⁰⁴ Logo, foi conferida uma suspensão de obrigações em favor do direito de impor restrições quantitativas a produtos agrícolas, suspendendo as obrigações contraídas no GATT 47. Nesse contexto, salienta-se que, no mesmo ano, o Japão aderiu ao GATT, porém, este conseguiu resguardar suas quotas de importação em seu Protocolo de Acesso.¹⁰⁵

Alguns dos países europeus (Bélgica, Luxemburgo e Alemanha) que tinham mantido restrições, como quanto às restrições na balança de pagamentos, enfrentaram dificuldades quando suas moedas se tornaram conversíveis, tendo também procurado e conseguido *waiwers* para produtos agrícolas. Nesse sentido, o *waiwer* dos EUA abriu caminho e encorajou a Comunidade Econômica Europeia (CEE) para que lançasse sua Política Agrícola Comum (PAC), na década de 1960, como elemento essencial do Tratado de Roma.¹⁰⁶ A PAC tem por objetivo “proteger o mercado intrabloco por intermédio de uma série de salvaguardas em detrimento de previsões externas e/ou internacionais”.¹⁰⁷ Apesar de os subsídios de EUA e da Europa serem efetuados de formas diferentes, tudo isso representou um golpe à adequação da agricultura ao GATT, pois impedia a negociação de reduções tarifárias.¹⁰⁸

Desse modo, observa-se que os Estados encontravam-se respaldados pela regulação comercial internacional, que permitia o subsídio a seus agricultores e promovia a proteção da forma como desejassem e, adicionalmente, poderiam, ainda, exportar o excesso con-

sequentemente gerado por intermédio dos subsídios.¹⁰⁹ Vale ressaltar que até 1955, não havia qualquer proibição no GATT referente à utilização de subsídios domésticos ou de exportação. Contudo, naquele ano, foi adotado dispositivo no GATT que proibia os subsídios à exportação, todavia, permaneceria vigente a exceção aos produtos primários, entre eles a espécie de produtos agrícolas (Artigo XVI, parágrafo 3º e 4º).¹¹⁰ Essa ressalva asseverava um verdadeiro tratamento especial e diferenciado às avessas no comércio internacional, o que marcaria o sistema multilateral de comércio por mais de quarenta anos.

Quanto aos subsídios à exportação, esses foram colocados em cheque no GATT no caso *France — Assistance to exports of wheat and wheat flour (BISD 7S/46)*.¹¹¹ Nesse caso, o que se questionava era a utilização de subsídios à exportação e a referência à repartição equitativa do comércio mundial (*equitable share of world trade*). A expressão *equitable share*¹¹² apareceu, primeiramente, na Carta de Havana, em seu Artigo 28, tendo sido apresentada desde a proposta americana.¹¹³ Esse conceito, de difícil interpretação, foi aplicado em 1958 em um caso que envolvia subsídios franceses à exportação de farinha de trigo e que não estavam em conformidade com o GATT, pois a França tinha alcançado mais que uma repartição equitativa do mercado mundial. O painel lo-

109 JANK, Marcos S.; ARAÚJO, Leandro Rocha de; LIMA, Rodrigo C.A.; JUNQUEIRA, Carla. Agricultura. In: THORSTENSEN, Vera; JANK, Marcos S. (coord). *O Brasil e os grandes temas do comércio internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2005. p. 39.

110 Segundo o Artigo XVI, parágrafo 3º do GATT 47: “The contracting parties should seek to avoid the use of subsidies on the export of primary products. If, however, a contracting party grants directly or indirectly any form of subsidy which operates to increase the export of any primary product from its territory, such subsidy shall not be applied in a manner which results in that contracting party having more than an equitable share of the world trade in that product, account being taken for the shares of the contracting parties in such trade in the products during a previous representative period, and any special factors which may have affected or be affecting such trade in the products.”

111 GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE. Conciliation, French Assistance to Exports Of Wheat and Wheat Flour. Report Adopted on 21 November 1958, L/924 - 7S/46. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/58wheflr.pdf. Acesso em: 13 Sep. 2018.

112 Segundo John Breen, o conceito de *equitable share* é fundamentalmente contrário à ideia de acesso a mercados, que é uma das essências do GATT (BREEN, John M. *The GATT Uruguay round: a negotiating history (1986-1992) agriculture*. Boston: Kluwer Law and taxation Publishers, 1993. p. 5.)

113 BREEN, John M. *The GATT Uruguay round: a negotiating history (1986-1992) agriculture*. Boston: Kluwer Law and taxation Publishers, 1993. p. 5.

103 Ressalta-se que, após a 2ª Guerra Mundial, ainda vigorava o Agriculture Adjustment Act 1938, atualização do Agriculture Adjustment Act de 1933, que permitia o emprego de tarifas, restrições quantitativas e subsídios à exportação como mecanismo de proteção e desenvolvimento da produção agrícola, atendendo aos interesses dos lobbies ruralistas americanos.

104 BREEN, John M. *The GATT Uruguay round: a negotiating history (1986-1992) agriculture*. Boston: Kluwer Law and taxation Publishers, 1993. p. 7.

105 MESQUITA, Paulo Estivallet de. *A Organização Mundial do Comércio*. Brasília: FUNAG, 2013, p. 36.

106 THIRD WORLD NETWORK. *The multilateral trading system: a development perspective*. New York: UNDP, 2001.

107 SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso. O desenvolvimento da política agrícola comum da União Europeia. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 3, p. 374-389, 2016.

108 FLORENCIO SOBRINHO, Sérgio A. A. L.; SIMÕES, Antônio José Ferreira; OLIVEIRA, Glivânia Maria de. Liberalização do comércio internacional de produtos agrícolas temperados: perspectivas para a agricultura brasileira. *Caderno do IPRI*, Brasília, n. 4, p. 1-40, 1990. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/cadernos-do-ipri-num-04.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2018. p. 17.

grou decisão desfavorável à França, aduzindo que, ao promover subsídios à exportação (causa substancial do prejuízo), ela aumentara a parcela de mercado na Ásia, sendo esta, mais do que equitativa, tendo a Austrália, por sua vez, sido prejudicada em suas exportações.¹¹⁴

Assim, as principais distorções no GATT eram, na verdade, aquelas de caráter não tarifário, uma vez que a consolidação e redução de tarifas agrícolas possuíam baixos efeitos concretos. Logo, ao final desse período, e com a existência de exceções às regras já vigentes, a impressão era a de que o tema agricultura permanecia “excluído” do GATT.¹¹⁵ A verdade era que essas discussões estavam profundamente incorporadas a questões institucionais, que os membros consideravam politicamente intocáveis, por isso poucos avanços foram percebidos na área.

Na Rodada Tóquio (1973-1979),¹¹⁶ procurou-se novamente trazer o comércio agrícola para as regras do GATT, atendendo à demanda dos países em desenvolvimento, contudo, sem êxito, frente a um ambiente de ascensão protecionista como foi o da década de 1970.

114 Segundo decisão do painel, “subsidy arrangements have contributed to a large extent to the increase in France’s exports of wheat and of wheat flour, and that the present French share of world export trade, particularly in wheat flour, is more than equitable.” (GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE. *Conciliation, French Assistance to Exports Of Wheat and Wheat Flour*. Report Adopted on 21 November 1958, L/924 - 7S/46. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/58whefr.pdf. Acesso em: 13 Sep. 2018. p. 6).

115 MESQUITA, Paulo Estivallet de. *A Organização Mundial do Comércio*. Brasília: FUNAG, 2013. p. 36.

116 Segundo Maria Clara Duclos Carisio: “Nas rodadas anteriores, a participação dos países em desenvolvimento havia sido pouco expressiva, tanto em número de participantes, como na quantidade de linhas tarifárias objeto de rebaixas. Por força da cláusula de nação mais-favorecida, as rebaixas tarifárias promovidas pelos países desenvolvidos eram automaticamente estendidas aos países em desenvolvimento, mas estes tinham pouca ou nenhuma influência sobre o alcance das negociações ou sobre as exceções à regra acordada para os cortes tarifários. Tais exceções concentravam-se em produtos ou setores considerados “sensíveis” que, muitas vezes, eram aqueles em que o fator trabalho era predominante e nos quais, conseqüentemente, os países em desenvolvimento eram mais competitivos. Considerando ainda que muitos países em desenvolvimento enfrentavam sérias dificuldades de balanço de pagamentos, ou seguiam políticas de substituição de importações, poucos estavam dispostos a “pagar” concretamente pelos benefícios que pudessem tirar das negociações e procuravam apenas transformar em resultados concretos os princípios de tratamento especial e diferenciado, mencionados no Acordo Geral” (CARÍSIO, Maria Clara Duclos. *A evolução da política agrícola comum da União Europeia e seus efeitos sobre os interesses brasileiros nas negociações intercontinentais sobre agricultura*. Brasília: FUNAG, 2006. p. 59-61).

Foram criados grupos de negociação para alguns temas tais como: valoração aduaneira, licenças de importação, medidas antidumping, subsídios e medidas compensatórias, compras governamentais, barreiras técnicas e salvaguardas, contudo, o GATT excluía o comércio de produtos primários das disciplinas em matéria de subsídios.¹¹⁷ Além disso, à época se observou a preocupação com as barreiras técnicas ao comércio, que afetavam também o comércio agrícola, pelo que foi adotado o Acordo sobre Barreiras Técnicas da Rodada Tóquio¹¹⁸ (*Standards Code*).¹¹⁹

Pode se concluir que, até a década de 1980, demandas referentes à agricultura ocupavam um lugar secundário nas negociações em curso do GATT.¹²⁰ Por esse motivo, os Estados, individualmente ou por meio de grupos de Estados, como no caso da CEE, desenvolveram sistemas complexos de regulação agrícola e barreiras à importação. Esses programas desenvolveram-se de forma ampla e distinta, tanto entre os países quanto entre grupos de *commodities* dentro de nações individuais. Porém, na Reunião Ministerial de 29 de novembro de 1982, as Partes contratantes do GATT declararam a necessidade de haver uma reforma para que o tema agricultura fosse totalmente incorporado, melhorando a efetividade das regras do GATT e promovendo acesso a mercados e maior competição nas exportações.¹²¹

Apenas na Rodada Uruguai (1986-1994) surgiram ações concretas para que houvesse a inclusão de regras mais efetivas sobre agricultura no âmbito do sistema

117 CARÍSIO, Maria Clara Duclos. *A evolução da política agrícola comum da União Europeia e seus efeitos sobre os interesses brasileiros nas negociações intercontinentais sobre agricultura*. Brasília: FUNAG, 2006. p. 59-61.

118 Ressalta-se que, em 1994, ao estabelecerem a OMC, os Estados negociaram um novo acordo sobre barreiras técnicas, o TBT Agreement incorporando e aprofundando os princípios do Standards Code.

119 JANK, Marcos S.; ARAÚJO, Leandro Rocha de; LIMA, Rodrigo C.A.; JUNQUEIRA, Carla. Agricultura. In: THORSTENSEN, Vera; JANK, Marcos S. (coord). *O Brasil e os grandes temas do comércio internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2005. p. 50.

120 FLORENCIO SOBRINHO, Sérgio A. A. L.; SIMÕES, Antônio José Ferreira; OLIVEIRA, Glivânia Maria de. Liberalização do comércio internacional de produtos agrícolas temperados: perspectivas para a agricultura brasileira. *Caderno do IPRI*, Brasília, n. 4, p. 1-40, 1990. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/cadernos-do-ipri-num-04.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2018. p. 17.

121 GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE – GATT. Ministerial Declaration. Adopted on 29 November 1982, GATT Document L/5424. Disponível em: https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/91000208.pdf. Acesso em: 3 Ago. 2018. Parágrafo 7 (v).

multilateral.¹²² A configuração de poder no estabelecimento do GATT 47 e em seus primeiros ciclos negociadores era clara: os EUA e os principais Estados europeus eram as potências comerciais que governavam o regime de comércio agrícola mundial. Nesse contexto, EUA e CEE foram consolidando-se como atores internacionais que promoviam fortes subsídios à sua agricultura, porém, de formas distintas, o que acabava travando as negociações para liberalização. Os EUA, mesmo pleiteando maior liberalização agrícola dentro do sistema multilateral, respaldavam-se em políticas protecionistas domésticas. Já os países europeus focavam na prática de subsídios agrícolas à exportação.

No entanto, apesar de as negociações agrícolas avançarem lentamente, diversas coalizões foram surgindo ao longo da Rodada Uruguai, o que foi marcante para o direcionamento da pauta negociadora e o calibrar do poder de barganha dos países. Paradoxalmente as suas políticas internas protecionistas, os EUA visavam ao acesso de suas exportações agrícolas ao mercado da CEE, de forma a amenizar o desequilíbrio em suas contas externas, portanto, adotaram posicionamento mais agressivo quanto à matéria. Ressalta-se que, dois anos após iniciadas as negociações, alguns resultados apareceram na Conferência de Montreal (1988), onde se cristalizou a importância do tema agricultura.¹²³ Nela, os EUA, por um lado, reafirmaram seu posicionamento de que todos os subsídios agrícolas que distorcessem o comércio deveriam ser eliminados em dez anos. Por outro lado, a Europa reafirmava sua posição defensiva protecionista e tentava negociar com EUA alguma abertura, com reservas de que os norte-americanos pudessem questionar sua PAC perante o sistema multilateral do comércio. O Brasil, por sua vez, teve atuação destacada, firmando dois tipos de aliança: a primeira com a Índia, em que se criticou o excesso de ambição dos países europeus, desproporcional ao que se defendia no âmbito agrícola; e a segunda com a Austrália, em que se

defendeu a liberalização agrícola, juntamente ao Grupo de Cairns, formado por exportadores agrícolas.¹²⁴

Entretanto, na Rodada Uruguai houve uma contraposição de interesses, além de uma mudança na política norte-sul em vigor no âmbito multilateral do comércio. Destaca-se que diferentes alianças foram desenvolvidas, a depender das questões abordadas, conduta que continuou desde então. Primeiramente, em 1982, foi criado o G-10, grupo de 10 países liderados por Argentina, Brasil, Egito, Iugoslávia e Índia, com o intuito de questionar a agenda proposta pelos EUA para o lançamento da nova rodada. Os países em desenvolvimento participantes do G-10 seguiam as aspirações terceiro-mundistas que emergiam desde a década de 1960, ou seja, projetos com propósitos desenvolvimentistas. Todavia, a atuação do G-10 teve seu destaque ao preconizar que os membros bloqueariam a abertura de novas rodadas de comércio até que questões tradicionais fossem resolvidas (questões *standstill* e *rollback*), havendo, sobretudo, resistência quanto à negociação de serviços¹²⁵.

Antes da criação do G-10, os países em desenvolvimento, inspirados pelas ideias da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), atuavam no sistema multilateral por meio do G-77, base política da criação da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (em inglês, UNCTAD)¹²⁶, e, apesar de grande, a coalizão atuava ora com mais ora com menos efetividade. Exemplo, à época das Rodadas Kennedy e Tóquio, os países em desenvolvimento conseguiram articular algumas demandas relativas ao

124 Segundo o embaixador Celso Amorim: “A novidade foi o bom entendimento com os indianos mesmo em torno da questão agrícola, na qual eram e continuam a ser muito defensivos. Seja porque os indianos se sentissem ameaçados pelos subsídios dos europeus e americanos em seu próprio mercado, seja porque tivessem alguma ambição exportadora, mesmo que limitada, seja ainda porque pretendessem usar o tema agrícola como escudo contra pretensões em outras áreas de negociação [...]” (AMORIM, Celso. *Breves narrativas diplomáticas*. São Paulo: Benvirá, 2013. p. 84).

125 Segundo Hoekman, Mattoo e English, a fase que vai de 1982 a 1986 marcam a fase de pré-negociação da Rodada Uruguai, em que se desenvolveram várias coalizões entre os países em desenvolvimento, como o G-10. Esse grupo é formado pelos cinco grandes – Argentina, Brasil, Egito, Índia e Iugoslávia – e, também, Cuba, Nigéria, Nicarágua, Peru e Tanzânia. Esse grupo simbolizou a tradicional diplomacia de coalizões dos países em desenvolvimento, como o G-77 na UNCTAD e o Movimento dos Países Não-Alinhados, na Assembleia Geral da ONU (HOEKMAN, Bernard; MATTOO, Aaditya; ENGLISH, Phillip. *Development, trade, and the WTO: a handbook*. Washington D.C: The World Bank, 2002. p. 489.)

126 Sigla para United Nations Conference on Trade and Development.

122 JANK, Marcos S.; ARAÚJO, Leandro Rocha de; LIMA, Rodrigo C.A.; JUNQUEIRA, Carla. Agricultura. In: THORSTENSEN, Vera; JANK, Marcos S. (coord). *O Brasil e os grandes temas do comércio internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2005. p. 39; MESQUITA, Paulo Estivallet de. *A Organização Mundial do Comércio*. Brasília: FUNAG, 2013. p. 89.

123 FLORENCIO SOBRINHO, Sérgio A. A. L.; SIMÕES, Antônio José Ferreira; OLIVEIRA, Glivânia Maria de. Liberalização do comércio internacional de produtos agrícolas temperados: perspectivas para a agricultura brasileira. *Caderno do IPRI*, Brasília, n. 4, p. 1-40, 1990. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/cadernos-do-ipri-num-04.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2018. p. 18.

tratamento diferenciado e acrescentá-las ao arcabouço normativo do sistema multilateral do comércio. No entanto, após esse período, o objetivo dos EUA foi o lançamento de uma Rodada mais ampla e que discutisse mais temas sensíveis, o que fez com que houvesse discordâncias dentro do próprio G-77.¹²⁷

Outra coalizão que emergiu nesse período foi o *café au lait*, que incluía tanto países industrializados quanto países em desenvolvimento, e tinham como principais líderes os representantes de Colômbia e Suíça (por isso a nomenclatura “café com leite”).¹²⁸ Segundo Amrita Narlikar,¹²⁹ o *café au lait* demonstrou sucesso ao utilizar uma estratégia de barganha integrativa, pois, em vez de simplesmente resistir à expansão da agenda do GATT, se engajou na pesquisa e discussão entre membros e observadores, com foco em questões basilares e *trade-offs*, que sugeriam um compromisso com a equidade em todo o processo ao invés de simplesmente a busca por resultados finais. Tanto o G-10 quanto o *café au lait* foram criados em torno da questão da inclusão ou não de serviços na Rodada, em troca da discussão sobre temas sensíveis de seu próprio interesse, a exemplo da agricultura. O *café au lait*¹³⁰ era formado por, aproximadamente, 50 países, dentre eles, 14 dos maiores exportadores agrícolas que, antes da reunião de Punta del Este, formaram o Grupo de Cairns.

O Grupo de Cairns foi criado na Austrália, em 1986,

127 Segundo Feliciano de Sá Guimarães: “Com o racha nos países em desenvolvimento, o G-10 começava a ficar isolado nas negociações. A agenda do G-10 recusava terminantemente a inclusão dos novos temas e mantinha a defesa do standstill, rollback e tratamento diferenciado. O Draft apresentado pelo grupo, de autoria brasileira, tinha como início dois grandes capítulos sobre as demandas. Até o último anexo esses temas estavam presentes na declaração, permeando todos os parágrafos” (GUIMARÃES, Feliciano. *A Rodada Uruguai do GATT (1986-1994) e a Política Externa Brasileira: acordos assimétricos, coerção e coalizões*. 2005. 205 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, 2005, p. 156).

128 KLEEN, Peter. So alike and yet so different: a comparison of the Uruguay Round and the Doha Round. Jan Tumlir Policy Essays. Brussels: European Centre for International Political Economy, 2008. Disponível em: <http://ecipe.org/app/uploads/2014/12/so-alike-and-yet-so-different-a-comparison-of-the-uruguay-round-and-the-doha-round.pdf>. Acesso em: 20 Jul. 2016. p. 6.

129 NARLIKAR, Amrita. International trade and developing countries: bargaining coalitions in the GATT & WTO. London and New York: Routledge, 2003. p. 1019.

130 Segundo Amrita Narlikar, o café au Lait é referido como o G-48 em algumas negociações diplomáticas (NARLIKAR, Amrita. International trade and developing countries: bargaining coalitions in the GATT & WTO. London and New York: Routledge, 2003).

com o intuito de propugnar sua estratégia em relação às negociações agrícolas na Rodada Uruguai, uma vez que tinham na produção e exportação de produtos agrícolas uma forte base econômica. Foi formado tanto por países desenvolvidos quanto em desenvolvimento, tendo como principais expoentes Brasil, Argentina, Nova Zelândia, Canadá, Austrália, dentre outros de seus 13 membros à época^{131, 132} os quais, isoladamente, não teriam maiores condições de influir no processo e, por esta razão, buscaram juntos (e o fazem até hoje) a eliminação significativa de proteções e subsídios (à exportação e internos à produção), além do acesso a mercados protegidos por várias barreiras tarifárias e não tarifárias.¹³³

Ressalta-se, então, de forma mais crítica, que o Grupo de Cairns seguiu basicamente, a orientação geral norte-americana em prol da liberalização, contudo, o Grupo foi marcado na Rodada Uruguai por suas posições individualizadas devido a uma série de fatores, que incluíam desde a sua própria composição (países desenvolvidos e em desenvolvimento) à necessidade de se impor como parceiro confiável em um ambiente de discordância política. Conforme pontuam Florêncio Sobrinho, Simões e Oliveira¹³⁴,

muito cedo os membros do Grupo perceberam que, em um terreno onde quase sempre a negociação foi resumida a um embate bilateral entre a CEE e os EUA, Cairns só poderia manifestar-se como parceiro efetivo posicionando-se como fiel da balança entre os dois grandes.

Isso denota o papel fundamental e definidor que esse grupo desempenhou e ainda desempenha nas negociações do sistema multilateral do comércio.

131 Destaca-se que, atualmente, o Grupo de Cairns é composto por 19 países, quais sejam: África do Sul, Argentina, Austrália, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Guatemala, Indonésia, Malásia, Nova Zelândia, Paquistão, Paraguai, Peru, Filipinas, Tailândia, Uruguai e Vietnã. Para mais informações: <http://cairnsgroup.org/Pages/map/index.aspx>.

132 BREEN, John M. The GATT Uruguay round: a negotiating history (1986-1992) agriculture. Boston: Kluwer Law and taxation Publishers, 1993. p. 52-53.

133 Concomitantemente, no entanto, CEE, European Free Trade Association (EFTA), Japão e Coreia almejavam somente a redução de apoios domésticos aos preços.

134 FLORÊNCIO SOBRINHO, Sérgio A. A. L.; SIMÕES, Antônio José Ferreira; OLIVEIRA, Glivânia Maria de. Liberalização do comércio internacional de produtos agrícolas temperados: perspectivas para a agricultura brasileira. Caderno do IPRI, Brasília, n. 4, p. 1-40, 1990. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/cadernos-do-ipri-num-04.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2018. p. 36.

Preliminarmente, diante da discordância em um consenso na área agrícola por EUA e CEE quanto ao escopo da negociação,¹³⁵ os membros latino-americanos do Grupo de Cairns, Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Uruguai negaram consenso em outras áreas de negociação, como quanto a serviços. Mais adiante, no momento de lançamento das propostas pelo Grupo de Cairns, estas previam a implantação de uma negociação baseada em três fases: alívio de curto prazo, medidas de reforma e um quadro de reformas no longo prazo. Na primeira fase, previu-se o congelamento nos níveis de subsídios agrícolas prevaletentes, seguido da redução desses níveis em 1989 e 1990. Tais compromissos deveriam envolver os subsídios à exportação, preços administrados e o aumento do acesso a mercados. As reformas incluíam o compromisso de atingir metas de redução das políticas de suporte ao setor agrícola, priorizando políticas que mais contribuíssem contra as distorções (tarifas de importação). Seriam estabelecidas exceções para programas de caráter humanitário, subsídios ao consumo para ajustes estruturais, pagamentos diretos em forma de indenização aos produtores, dentre outras. Já as reformas de longo prazo incluiriam a proibição definitiva de medidas não autorizadas pelo GATT, eliminação de tratamentos excepcionais (*waiwers*) e protocolos e redução à zero de tarifas e subsídios à agricultura.

Cairns propunha utilizar um instrumento assim parecido com o “*Producer Subsidy Equivalent*”, em uma fase de transição e de reformulação de políticas nacionais (subsídios e políticas de suporte agrícola), como medida agregada do nível de benefício líquido aos produtores e para cada produto agrícola. Esse instrumento seria utilizado como “termômetro” para as negociações.

135 Segundo Florêncio Sobrinho, Simões e Oliveira: “Uma dificuldade básica no nível técnico, que historicamente prejudicou a possibilidade de acordarem-se reduções de subsídios na área agrícola, foi a inexistência de uma unidade de medida capaz de estabelecer qual o nível de subsidiação, praticado por cada participante com vistas a, numa etapa posterior, chegar-se à fixação de compromissos de redução. Os componentes da subsidiação vão desde pagamentos por intempéries até preços de referência e subsídios à exportação, não se tendo desenvolvido no passado unidade capaz de expressar essas diferentes grandezas num índice agregado” (FLORÊNCIO SOBRINHO, Sérgio A. A. L.; SIMÕES, Antônio José Ferreira; OLIVEIRA, Glivânia Maria de. Liberalização do comércio internacional de produtos agrícolas temperados: perspectivas para a agricultura brasileira. Caderno do IPRI, Brasília, n. 4, p. 1-40, 1990. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/cadernos-do-ipri-num-04.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2018. p. 18).

Pela ótica do Grupo, os países em desenvolvimento teriam tratamento diferenciado e mais favorável quanto a medidas de curto prazo, estando excluídos de qualquer contribuição. Entretanto, a solidariedade do grupo era sempre posta em cheque.¹³⁶ Salienta-se que a posição do Grupo de Cairns nem sempre foi uníssona, visto que cada membro possuía visões diferentes, unindo-se apenas em prol da liberalização agrícola. Exemplo disso foi o posicionamento dúbio do Canadá, que ora atuava como parceiro dos EUA, ora aplicava subsídios à sua indústria leiteira.

Por fim, em novembro de 1989, o Grupo de Cairns apresentou sua terceira proposta, seguindo a proposta pelos americanos de acesso a mercados e tarifação, lançada em outubro do mesmo ano. Sobre os subsídios internos, Cairns foi contra as políticas comerciais distorcidas e quanto aos subsídios à exportação foi reafirmada sua eliminação. Foi incluída parte relativa a medidas sanitárias, exposta em documento do Grupo de Cairns de 1989, o qual delineava parâmetros que influenciaram a proposta americana de outubro de 1989. A proposta também versava sobre os países em desenvolvimento, que contariam com prazos mais longos amenos cortes em seus subsídios domésticos e menor grau de abertura de mercados, de modo a proteger o papel da agricultura na busca pelo desenvolvimento.

Dentro do Grupo de Cairns, o Brasil assumiu posição de destaque, orientando-se na defesa do tratamento mais favorável aos países em desenvolvimento, para que se obtivesse um período de adaptação que viabilizasse a progressiva eliminação dos subsídios, sem que houvesse impacto social negativo. A participação brasileira também influenciou na elaboração das posições do Grupo quanto a medidas de curto prazo, índice agregado de mensuração e medidas fitossanitárias.¹³⁷ Após a frus-

136 FLORÊNCIO SOBRINHO, Sérgio A. A. L.; SIMÕES, Antônio José Ferreira; OLIVEIRA, Glivânia Maria de. Liberalização do comércio internacional de produtos agrícolas temperados: perspectivas para a agricultura brasileira. Caderno do IPRI, Brasília, n. 4, p. 1-40, 1990. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/cadernos-do-ipri-num-04.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2018. p. 18. KLEEN, Peter. So alike and yet so different: A comparison of the Uruguay Round and the Doha Round. Jan Tumlir Policy Essays, Number 02/2008, Brussels, European Centre for International Political Economy. Disponível em: <http://ecipec.org/app/uploads/2014/12/so-alike-and-yet-so-different-a-comparison-of-the-uruguay-round-and-the-doha-round.pdf>. Acesso em: 28 Ago. 2018. p. 17.

137 FLORÊNCIO SOBRINHO, Sérgio A. A. L.; SIMÕES, Antônio José Ferreira; OLIVEIRA, Glivânia Maria de. Liberali-

tração da Conferência de Bruxelas de 1990, que deveria marcar o término da Rodada, o que não aconteceu, destaca-se que as negociações bilaterais entre EUA e CEE evoluíam informalmente, de tal maneira que resultaram no Acordo de *Blair House* (1992)¹³⁸, propugnado fora do âmbito do GATT 47. Foram incluídas novas modificações para harmonizar as exigências da França, país mais protecionista das CEE. O acordo consistia, na verdade, em um Memorando de Entendimento para resolver uma disputa entre as partes quanto a subsídios conferidos pela CEE a sementes oleaginosas, permitindo que países europeus continuassem a conceder tais subsídios, porém, estabelecendo uma série de restrições a esse suporte governamental, por exemplo, limitando que a área subsidiada não deve exceder a 5.482 milhões de hectares. Além disso, uma restrição de 1 milhão de toneladas (equivalente em farelo de soja) foi colocada sobre a quantidade de subprodutos disponibilizados como resultado do cultivo de oleaginosas para fins não alimentares em terras subsidiadas. Assim, foram introduzidas as normas do GATT ao setor agrícola e, além da redução dos apoios domésticos aos produtores, foram restringidos também os subsídios à exportação. Esse acordo preservou larga margem de manobra para os subsídios europeus e norte-americanos, eliminando os limites por produtos.¹³⁹ Adicionalmente, as barreiras não tarifárias foram convertidas em tarifas equivalentes, as tarifas foram consolidadas, reduzindo-as e abriu-se acesso a quotas mínimas para produtos que antes estavam bloqueados porquanto estavam protegidos.

Vale destacar que, além do Acordo de *Blair House*, o consenso dos países desenvolvidos foi mais uma vez decisivo para dar seguimento às negociações. Por meio do QUAD, em que EUA e CEE somados a Japão e Canadá, delineararam os contornos da dinâmica das negociações, com progressos significativos principalmente

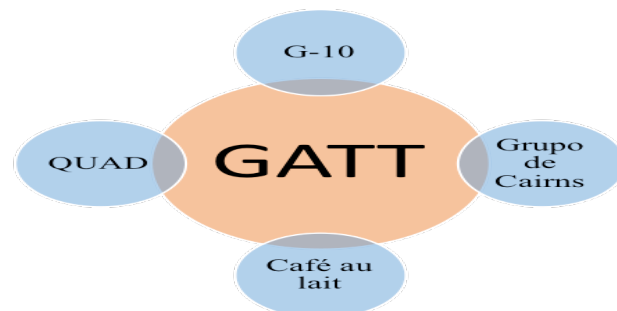
zação do comércio internacional de produtos agrícolas temperados: perspectivas para a agricultura brasileira. Caderno do IPRI, Brasília, n. 4, p. 1-40, 1990. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/cadernos-do-ipri-num-04.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2018. p. 39.

138 Segundo Braz Baracuh, a conclusão da Rodada Uruguai só veio após o Acordo de Blair House, que foi apresentado para todos os membros do GATT como *fait accompli* (BARACUHY, Braz. *Rising Powers, Reforming Challenges: Negotiating Agriculture in the WTO Doha Round from a Brazilian Perspective*. University of Cambridge Centre for Rising Powers Working Papers, n. 1, p. 1-17, May 2011. Disponível em: <http://www.crp.polis.cam.ac.uk/documents/working-papers/crp-working-paper-1-braz-baracuh-rising-powers-re.pdf>. Acesso em: 8 Ago. 2018. p. 5).

139 MESQUITA, Paulo Estivallet de. *A Organização Mundial do Comércio*. Brasília: FUNAG, 2013. p. 89.

nas áreas de tarifas e acesso a mercados, o que foi crucial para o estabelecimento do Acordo sobre Agricultura (1994), por exemplo — mesmo com a permanência de exceções elevadas para a manutenção de proteções e subsídios — e para o final da Rodada Uruguai.¹⁴⁰

Figura 3 - Grupos de interesse na Rodada Uruguai



Fonte: CCGI-EESP/FGV

Mesmo que o compromisso fundamental tenha sido alcançado entre os EUA e as CEE no acordo de *Blair House*, sem a presença de membros do Grupo de Cairns, ressalta-se a importância desse agrupamento no momento, pois foi capaz de inspirar muitas das coalizões que se seguiram. Conclui-se, então, que as alianças Norte-Sul e a contribuição construtiva de estudos detalhados para embasar as propostas, tinham provado ser uma estratégia muito promissora.

A negociação do Acordo sobre Agricultura, primeiro esforço bem sucedido ao aproximar as matérias de comércio internacional de produtos agrícolas às regras multilaterais do comércio, trouxe algumas vitórias para os países favoráveis à regulamentação do setor, como a consolidação e posterior redução dos subsídios à exportação e do apoio doméstico aos produtores e o processo de tarifação (transformando barreiras não tarifárias em tarifas), consolidação e redução média das tarifas e o compromisso de acesso a mercados a produtos agrícolas, todas contribuindo para a maior transparência do comércio agrícola. Conseguiu-se a instituição de tetos tarifários mais altos do que as próprias tarifas, contudo, conforme pontua Mesquita,¹⁴¹ “no que diz respeito a subsídios domésticos, a Rodada Uruguai não teve impacto maior sobre as políticas das principais potências comerciais.”

140 WORLD TRADE ORGANIZATION – WTO. *Understanding the WTO: Basics The Uruguay Round*. 2016. Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact5_e.htm. Acesso em: 8 set. 2018.

141 MESQUITA, Paulo Estivallet de. *A Organização Mundial do Comércio*. Brasília: FUNAG, 2013. p. 89.

Outro resultado importante proveniente da Rodada Uruguai foi o Acordo sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (em inglês, *Sanitary and Phytosanitary Measures – SPS*), elaborado com o intuito de promover a eliminação das restrições sanitárias domésticas que afetavam o comércio e que não tinham por base a ciência. Desse modo, o objetivo principal do Acordo sobre SPS é evitar que essas medidas acarretem efeitos negativos desnecessários ao comércio agrícola e não sejam, na verdade, medidas protecionistas disfarçadas.¹⁴² Por fim, houve também o estabelecimento da cláusula da paz, em que ficou instituído que os contenciosos relativos a subsídios agrícolas deveriam ser deixados de fora dos mecanismos de solução de controvérsias de 1995 até 2003, como já mencionado anteriormente.

Na Rodada Uruguai, com a assinatura do Acordo sobre Agricultura, foram dados importantes passos de liberalização do setor, por meio de três principais frentes: (i) maior acesso a mercados; (ii) diminuição dos níveis de apoio doméstico e (iii) disciplina das formas de competição nas exportações. Ressalta-se que o Acordo dispõe em seu Artigo 20 sobre a instauração de um mecanismo que prevê a continuidade das negociações de modo a aprofundar o processo de reforma agrícola, que no mandato de Doha alcançou maior consistência e ambição.

Segundo a Carta de Genebra de fevereiro de 2002, esse tripé das negociações na área agrícola era prioridade absoluta para o governo brasileiro, que atuou em conjunto com o Grupo de Cairns, na linha de frente para o alcance do êxito de Doha. Observa-se que UE, Noruega, Suíça, países do Leste Europeu, Japão e Coreia do Sul atuaram de forma defensiva de modo a limitar o acesso a mercados e a evitar a eliminação dos subsídios à exportação. Por fim, os EUA procediam de forma ambígua, buscando tanto ampliar mercados para produtos de seu interesse quanto manter os elevados níveis de apoio interno aos seus agricultores.¹⁴³

Com o advento da OMC, temas relevantes de negociação seriam tratados em sessões especiais dos respectivos comitês ou conselhos da estrutura regular da OMC, como é o caso de agricultura. Deu-se continui-

dade às Conferências Ministeriais onde se tratou das negociações subsequentes, agora no âmbito da OMC. Importante destacar que o tema agricultura voltou a debate na Ministerial de Seattle (1999), terceira reunião ministerial após o vigor da OMC, a qual foi marcada por um malfadado lançamento de uma nova Rodada, protestos antiglobalização e contra o neoliberalismo e manifestações populares contra a OMC.

Em 2001, com o lançamento da Rodada Doha, foi instaurado o mandato de Doha, considerado bastante ambicioso. Este se baseava, principalmente, nos objetivos de acesso a mercados, redução substancial de subsídios domésticos e eliminação dos subsídios à exportação. Na Declaração de Doha (Parágrafo 13), e “sem prejudicar os resultados da negociação”, os ministros se comprometem com negociações abrangentes destinadas a: aumento substancial ao acesso a mercados, reduções com o objetivo de eliminar gradualmente todas as formas de subsídios à exportação, e reduções substanciais nos apoios internos que distorcem o comércio. O mandato prevê que os dispositivos de tratamento especial e diferenciado para países em desenvolvimento sejam incorporados nas listas de concessões e que as preocupações de natureza não comercial sejam levadas em consideração.

Segundo Braz Baracuh,¹⁴⁴ é possível dividir as negociações em quatro fases: (i) de 2001 a 2003: Ministerial de Cancun, quando “*business as usual*” foi confrontado com novas forças; (ii) de 2004 a 2005: Ministerial de Hong Kong, com a definição de conceitos-chave e pontos de partida para negociação agrícola; (iii) de 2006 a 2008: Mini Ministerial de Genebra, com a definição do nível de ambição geral e (iv) de 2008 ao impasse de 2011: com a tentativa norte-americana de redefinir o nível de ambição e o atual impasse. A essa divisão, pode-se acrescentar, ainda, na visão dos autores, uma quinta: (v) Ministerial de Nairóbi de 2015.

Importante destacar que, com Doha, houve também o fortalecimento das coalizões. Os países em desenvolvimento, dispostos a adotar estratégias mais pragmáticas, agora se reuniram em torno de um plei-

142 AZEVÊDO, Maria Nazareth Farani. A OMC e a reforma agrícola. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007. p. 11.

143 BRASIL. Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Carta de Genebra: informativo sobre a OMC e a Rodada de Doha. Missão do Brasil em Genebra, ano 1, v. 1, fevereiro, 2002. p. 4.

144 BARACUHY, Braz. Rising Powers, Reforming Challenges: Negotiating Agriculture in the WTO Doha Round from a Brazilian Perspective. University of Cambridge Centre for Rising Powers Working Papers, n. 1, p. 1-17, May 2011. Disponível em: <http://www.crp.polis.cam.ac.uk/documents/working-papers/crp-working-paper-1-braz-baracuhy-rising-powers-re.pdf>. Acesso em: 8 Ago. 2018. p. 3-4.

to específico, e não mais de demandas difusas, o que lhes garantiria maior legitimidade para a consecução de seus objetivos e maior sobrevivência.¹⁴⁵ No contexto dessa estratégia, conforme salienta Amrita Narlikar,¹⁴⁶ houve a emergência dos “poderes médios”, ou seja, alguns países em desenvolvimento, principalmente Brasil e Índia, que, em virtude de serem economias emergentes relevantes, conseguiam amplificar a voz dos países em desenvolvimento nas negociações.¹⁴⁷ Isso se tornou essencial para o reequilíbrio de forças no sistema multilateral do comércio e aumentar um maior nível de coesão.¹⁴⁸

Desse modo, durante a primeira fase elencada acima, a Ministerial de Cancun ganhou importância ímpar. Em 2002 e 2003, as discussões foram mais voltadas ao âmbito doméstico, pois os maiores parceiros visavam definir seus objetivos de política agrícola de médio a longo prazo, o que iria delinear os mandatos negociadores, no caso, a reforma da PAC Europeia e a *Farm Bill* norte-americana. Esperava-se que uma vez definidas essas reformas regulatórias, elas constituiriam a base para um acordo multilateral em agricultura na OMC. Conforme aduz Braz Baracuhy:

*The US was divided between offensive and protectionist domestic interests. This situation offered the driving seat to Europe, which seized the opportunity to advance its view of the Round: modest new market access, preservation of the core features of its subsidy programmes with a continued shift towards the green box, and the development dimension being met through the preservation of its system of preferences granted mostly to ex-colonies. This was perfectly consistent with the goals of the even more protectionist members such as Japan, Switzerland and Norway.*¹⁴⁹

145 NARLIKAR, Amrita. Fairness in International Trade Negotiations: developing countries in the GATT and WTO. *The World Economy*, v. 29, n. 8, p.1005-1029, 2006. p. 1020.

146 NARLIKAR, Amrita. Fairness in International Trade Negotiations: developing countries in the GATT and WTO. *The World Economy*, v. 29, n. 8, p.1005-1029, 2006. p. 1006.

147 Segundo Amrita Narlikar, o último tipo de coalizão terceiro mundista tradicional no GATT foi o G-10, marcado pela atitude do “just say no” (NARLIKAR, Amrita. Fairness in International Trade Negotiations: developing countries in the GATT and WTO. *The World Economy*, v. 29, n. 8, p. 1005-1029, 2006. p. 1019).

148 NARLIKAR, Amrita; TUSSIE, Diana. The G-20 at the Cancun Ministerial: developing countries and their evolving coalitions in the WTO. *The World Economy*, v. 27, n. 7, p. 947-966, Jul. 2004. p. 948.

149 BARACUHY, Braz. Rising powers, reforming challenges: negotiating agriculture in the WTO Doha Round from a Brazilian perspective. University of Cambridge Centre for Rising Powers Working Papers, n. 1, p. 1-17, May 2011. Disponível em: <http://www.crp.polis.cam.ac.uk/documents/working-papers/crp-working-paper-1-braz-baracuhy-rising-powers-re.pdf>. Acesso em: 8 Ago. 2018. p. 4.

Contudo, a partir de então, verificou-se aproximação entre os países em desenvolvimento, em particular Brasil, China e Índia. Em 2002, a Índia defendeu um posicionamento intermediário nas negociações sobre agricultura, entre a liberalização propugnada pelo Grupo de Cairns e o protecionismo defendido por EUA e UE. Ao mesmo tempo em que se fazia necessário proteger sua população rural, era preciso também enfatizar a dimensão desenvolvimentista que apareceu nas posições indianas no início da Rodada. A Índia aceitou a OMC somente em 2001 e, como parte do compromisso, havia “pagado caro” em seus compromissos com agricultura. A China, por seu turno, simpatizava com a necessidade para garantir maior espaço regulatório para sua população rural menos abastada. Apesar de ser membro do Grupo de Cairns, que predominantemente era favorável à proposta de acesso a mercados, o Brasil entendia o valor sistêmico da Rodada Doha e a prioridade de também reformar os pilares do suporte doméstico e da competição nas exportações agrícolas.

O alto nível de ambição vislumbrado pelo Grupo de Cairns a respeito do acesso a mercados não diferenciava, adequadamente, o pleito entre mercados desenvolvidos e em desenvolvimento, o que de forma natural se tornava um problema para Índia e China. Assim, o potencial de equilibrar interesses ofensivos e defensivos em acesso a mercados para favorecer níveis mais elevados de ambição nas reformas de subsídios e de reforçar a dimensão do desenvolvimento da Rodada foram tomando forma.

A falta de progresso, naturalmente, levou a incertezas sobre os prazos fixados em Doha e, também gerou ansiedades sobre um entendimento entre os países desenvolvidos — EUA e EU — à custa dos interesses e preocupações dos países em desenvolvimento. As primeiras propostas de negociação significativas das delegações mais importantes começaram a surgir no início de 2002, enquanto o presidente do grupo de negociação para Agricultura, Stuart Harbinson, circulou sua primeira proposta com um panorama geral em 18 de dezembro de 2002. O primeiro *draft* de modalidades de Agricultura circulou em 12 de fevereiro 2003, foram criadas três bandas de acesso a mercados, contudo, o *draft* foi muito criticado, tendo sido apresentado nova proposta em 18 de março de 2003.¹⁵⁰

150 McMAHON, Joseph. The WTO agreement on agriculture: a commentary. New York: Oxford University Press, 2006. p. 229-230.

Após março de 2003, a frustração encontrava-se a tal ponto que o Robert Zoellick, negociador americano pelo *United States Trade Representative* (USTR), ameaçava os membros com um novo *Blair House*. A Mini Ministerial de Montreal, em julho, testemunhou a renovação de pedidos da UE e dos EUA para exercer a liderança e chegarem a acordo entre si sobre o avanço das negociações. A falta de movimentação nas negociações agrícolas entre os EUA e a UE continuou a bloquear avanços em Genebra.

UE e EUA apresentaram um documento comum em 13 de agosto 2003, semanas antes da Conferência Ministerial de Cancun, em que se previu um conjunto de parâmetros para a definição das modalidades que acomodassem os seus interesses em agricultura, em termos de acesso a mercados, apoio doméstico e subsídios à exportação. Esses parâmetros acordados bilateralmente foram tidos em consideração no projeto de Declaração Ministerial de Cancun, elaborado em 25 de agosto de 2003, pelo presidente do Conselho Geral da OMC, Embaixador Perez del Castillo, do Uruguai. Dada a experiência das negociações passadas, muitos pensaram que a proposta conjunta seria um ponto de partida “realista” para um acordo. Entretanto, essa proposta gerou grandes insatisfações¹⁵¹. Como ressaltado pela Carta de Genebra de setembro de 2003, ano 2, nº 6:

A insatisfação generalizada com o documento conjunto EUA-CE, aliada à falta de disposição destes para negociar modificações, levou um grupo de países em desenvolvimento de diversas tendências e de grande importância política e econômica, como Brasil, Índia, China, África do Sul, México e Argentina, a buscar resgatar os elementos centrais do mandato de Doha. Para isto, por iniciativa do Brasil, elaboramos uma proposta conjunta de estrutura para as negociações agrícolas, que acabou sendo patrocinada originalmente por 17 países em desenvolvimento, aos quais se juntaram posteriormente mais três. A proposta do Grupo, agora conhecido como G-20, recebeu amplas manifestações de apoio de países em desenvolvimento e de países desenvolvidos membros do Grupo de Cairns.¹⁵²

Após a apresentação da proposta conjunta UE-EUA, as condições foram lançadas para o estabelecimento de uma nova força nas negociações: o G-20 ou

G-20 agrícola. Tratava-se de um grupo monotemático, de postura ofensiva e defensiva, composto por países em desenvolvimento produtores agrícolas, e que buscava a democratização das negociações em agricultura. Desde a criação do G-20, em especial, por intermédio da atuação de Brasil e Índia, este passou a influenciar a agenda negociadora.

O G-20 englobava quase 60% da população mundial total e 70% da população agrícola do globo. O grupo era igualmente responsável por mais de 21% do PIB agrícola do mundo. Ao reunir países em desenvolvimento como Brasil, China, Índia, África do Sul e Argentina, com diferentes interesses e provenientes de todas as regiões do mundo em desenvolvimento, bem como com o desejo genuíno para negociar pragmaticamente soluções, o G-20 trouxe um primeiro sopro de mudança política e simbólica na OMC.¹⁵³

A primeira contribuição dessa nova coalizão de países em desenvolvimento foi uma proposta entregue em 20 de agosto de 2003, resultado de consultas discretas entre Brasil e Índia. Além de um grupo central de países em desenvolvimento que, com o início da crise de negociação, rapidamente se expandiu para incorporar países em desenvolvimento da África, Ásia e América Latina, esse grupo teve como aliado para sua projeção também a mídia. Segundo Celso Amorim, a “Batalha de Cancun” foi travada nas mesas de negociação, em reuniões amplas e restritas, mas também, e de forma sem precedentes no nosso caso, na mídia.¹⁵⁴ Na reunião plenária final, as portas do auditório em que ocorria o encontro foram abertas para toda a imprensa, tendo o G-20 conseguido que sua versão fosse entregue ao público antes daquela versão que viria a ser propagada por EUA, UE ou pelo Diretor-Geral da OMC. Além disso, nas semanas que se passaram, diversos veículos de comunicação publicaram opiniões dos representantes de EUA e Brasil, o que corroborou maior aproximação dos debates da sociedade civil.

Logo, o que poucos anteviam antes de Cancun era o fato de que uma terceira força, o G-20, um grupo unido

153 BARACUHY, Braz. *Rising Powers, Reforming Challenges: Negotiating Agriculture in the WTO Doha Round from a Brazilian Perspective*. University of Cambridge Centre for Rising Powers Working Papers, n. 1, p. 1-17, May 2011. Disponível em: <http://www.crp.polis.cam.ac.uk/documents/working-papers/crp-working-paper-1-braz-baracuhy-rising-powers-re.pdf>. Acesso em: 8 Ago. 2018. p. 7.

154 AMORIM, Celso. *Breves narrativas diplomáticas*. São Paulo: Benvirá, 2013. p. 87.

151 Segundo a Carta de Genebra: “apesar do amplo apoio estendido à proposta do G-20, a seção do texto do presidente sobre agricultura reflete, basicamente, o conteúdo do documento EUA-CE”.

152 BRASIL. Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Carta de Genebra: Informativo sobre a OMC e a Rodada de Doha. Missão do Brasil em Genebra, ano 2, n. 6, setembro, 2003.

e uníssono, agora se juntara aos EUA e UE no centro do tabuleiro de negociação. A “ordem natural” do antigo GATT tinha expirado e a “articulação do G-20 como um grupo de países em desenvolvimento com a capacidade não apenas de dizer “não”, mas de formular propostas operativas e realistas na questão agrícola, foi percebida como um fato novo e (para muitos) promissor.¹⁵⁵

O G-20 chegou a Cancun numa clara e ativa postura negociadora. Buscou-se, sem êxito, incentivar EUA e UE para que se movessem da posição extremamente rígida em que se colocaram ao deixar entrever publicamente (e indicar privadamente) que o cerne de sua posição em agricultura era inegociável. Apesar de todas as resistências, o G-20 teve, sob a coordenação do Brasil, uma atuação central no processo de negociação em Cancun. A proposta do G-20 era ambiciosa na redução dos subsídios e continha uma fórmula de acesso diferenciando aos países desenvolvidos e em desenvolvimento. Os elementos-chave foram: adesão ao mandato de Doha em termos de ambição nos três pilares com disposições especiais de tratamento para países em desenvolvimento. Esta criou um dilema imediato para países desenvolvidos, manter o acordo conjunto e tentar um resultado em Cancun com base no texto Perez del Castillo ou se envolver com o G-20 e tentar encontrar um meio termo.

Em que pesem esforços, várias razões conduziram um desfecho prematuro e precipitado à V Conferência Ministerial, impedindo que se testassem até o fim as possibilidades do processo negociador. O Chanceler do México, Presidente da Ministerial, declarou-se incapaz de seguir presidindo a reunião ao começo da tarde de domingo, 14 de setembro, logo que o Ministro de Botswana declarou que o seu grupo não aceitava iniciar negociações em facilitação de comércio, e o Ministro da Coreia do Sul, por sua vez, demonstrou insatisfação por não ter sido consultado quanto à decisão de retirar temas de investimento e concorrência da pauta, insistindo na manutenção dos quatro temas de Cingapura (investimentos, concorrência, facilitação de comércio e compras governamentais). Outras circunstâncias conspiravam contra o êxito de Cancun: ambiguidades do mandato negociador; pressões políticas dos grandes; certos interesses domésticos inelutáveis; tempo alonga-

do das negociações; coalizões que variam de geometria em função dos diferentes temas; um processo, em suma, em que todos esses fatores interagem intensamente e que, dada a regra do consenso, são capazes de assumir a qualquer momento proporções inesperadas.

A UE manteve suas demandas em nível elevado por um tempo excessivamente longo. A insistência em formulações maximalistas para os temas de Cingapura, levadas a cabo de forma inflexível durante o processo preparatório em Genebra, se estenderam até as horas finais da Conferência. Os EUA, por sua vez, pareciam mais empenhados em promover a negociação agrícola. De fato, a nova caixa azul legitimaria a *Farm Bill* e daria aos EUA uma capacidade prolongada de subsidiar sem sobressaltos sua agricultura. O maior intuito de Zoellick até então era manter os subsídios anticíclicos na “caixa azul”.¹⁵⁶ Ademais, as soluções propostas no documento de Perez del Castillo contribuía pouco para a remoção de subsídios e para a efetiva remoção das barreiras.

Após Cancun, o G-20 tornou-se um parceiro indispensável nas negociações. Combinou, em um único grupo, os interesses agrícolas ofensivos e defensivos, que reforçaram a sua vocação de construção de consensos. Refletindo o equilíbrio interno de forças, o Grupo conseguiu desenvolver posições comuns, tecnicamente sólidas e politicamente sonoras. A reunião ministerial do G-20 realizada em Brasília, em dezembro de 2003, ajudou a colocar as negociações de volta nos trilhos. A participação do Comissário Europeu do Comércio, Pascal Lamy, criou a plataforma necessária de diálogo que estava ausente antes e durante Cancun.

Na segunda fase, de 2004 a 2005, depois de Cancun, as negociações recomeçaram com o propósito de estabelecer um *framework* ou “pacote” para agricultura, entre o mandato geral e modalidades específicas. As negociações resumiram no alcance de um pacote de medidas, mais conhecido como Pacote de Julho, que representou uma importante convergência substancial dos conceitos e ambições dos países. O G-20 ganhou papel fundamental nessa articulação, tendo atuado, portanto, na negociação de dois principais pacotes que tentaram destravar posições: os pacotes de julho de 2004 e, principalmente, o de julho de 2008.

Segundo Braz Baracuhy,¹⁵⁷ esta foi uma fase clara-

155 AMORIM, Celso. *Breves narrativas diplomáticas*. São Paulo: Benvirá, 2013. p. 89.

156 AMORIM, Celso. *Breves narrativas diplomáticas*. São Paulo: Benvirá, 2013. p. 96.

157 BARACUHY, Braz. *Rising Powers, Reforming Challenges*:

mente conceitual das negociações. Ressalta-se que o *Non-Group 5*, também conhecido como *FIPs-Five Interested Parties*, composto por Austrália, Brasil, UE, Índia e EUA, tratou-se de importante fórum para as discussões, uma vez que envolvia os principais atores internacionais que lideravam as negociações em seus respectivos grupos de interesses. Além disso, a presença de representantes do Grupo de Cairns, do G-20 e do G-33 conferiu legitimidade também para que se mantivessem agrupamentos específicos e os membros todos envolvidos. Mesmo assim, no lado político, o G-20, muitas vezes, ultrapassou a outros grupos de países em desenvolvimento na afirmação de seu pleito.

A posição do G-20 e suas questões de interesse para os países em desenvolvimento foram consubstanciadas no projeto de quatro modalidades em agricultura (Anexo A). A estrutura da fórmula de acesso a mercados foi central na primeira metade de 2004, em que a fórmula mista, finalmente, deveria mudar para uma “fórmula em bandas”, com tratamento especial e diferenciado. Algumas ideias como cotas tarifárias (*tariff-rate quotas*) e algumas outras projeções iniciais foram exploradas para flexibilidades de acesso ao mercado (produtos sensíveis, produtos especiais, salvaguardas); estrutura de apoio interno (cortes globais, disciplinas específicas por produto, caixa verde); e a eliminação dos subsídios à exportação. As contribuições técnicas do G-20 serviram de base para as discussões, tendo o processo negociador tomado bases diferentes.

Questões-chave de interesse para os países em desenvolvimento foram refletidas no projeto quadro, como modalidades em agricultura (Anexo A): uma contenção para os subsídios domésticos distorcivos, algodão, fórmula escalonada, produtos sanitários e fitossanitários, salvaguardas especiais, entre outras. O Pacote de Julho representou, portanto, ponto fundamental para as negociações de agricultura.

Os resultados do Pacote de Julho de 2004 foram muito tímidos, uma vez que a União Europeia era fortemente resistente à liberalização agrícola, mesmo com a pressão do G-20 e apoio parcial dos EUA, que tinha interesse na liberalização, contudo, continuava com

subsídios domésticos à produção. Desse modo, foram firmados compromissos pouco dinâmicos, que viriam a ser ratificados somente na Conferência Ministerial de Hong Kong, em dezembro de 2005. Quanto a essa Conferência, outro ponto relevante notado foi a histórica declaração do G-110 (G-20, G-33, Países menos desenvolvidos, África, Caribe e Pacífico, NAMA-11, Grupo Africano, e pequenas economias vulneráveis), que reafirmaram que a agricultura era fundamental para o desenvolvimento.

Nesse contexto, como afirma Braz Baracuhy,¹⁵⁸ as conexões entre agricultura e os produtos industriais (NAMA)¹⁵⁹ tornaram-se mais evidentes. Direcionando o acesso ao mercado em NAMA, particularmente no desenvolvimento de mercados em diversos países, esta foi a forma que a UE encontrou para combater a ofensiva sob na agricultura. Segundo a UE, as demandas do G-20 e dos EUA em agricultura tinham de encontrar esforços paralelos de países em desenvolvimento na abertura de seus mercados para bens e serviços. Porém, esse argumento não prevaleceu, e a posição do G-20 e dos países em desenvolvimento permaneceram focadas no tema agricultura e em sua reforma no âmbito multilateral, tema que restara inacabado na Rodada Uruguai e em todas as rodadas passadas.

Entretanto, questões importantes para os grupos de países em desenvolvimento do G-20 e outras nações estavam presentes na Declaração Ministerial de Hong Kong: a reiteração de conceitos-chave no apoio doméstico e no acesso a mercados; a eliminação dos subsídios à exportação até 2013; o paralelismo entre o acesso ao mercado de agricultura e NAMA, com o último determinando o seu nível de ambição, estabelecido no parágrafo 24 da Declaração Ministerial; disposições específicas para o algodão, uma das exigências históricas do *Cotton-4* (Burkina Faso, Benin, Chade e Mali). Entretanto, quando se tornou evidente que seria difícil estabelecer modalidades em Hong Kong, novos prazos foram estabelecidos, como para que fossem concluídas as modalidades até 30 de abril de 2006, com vista a terminar

Negotiating Agriculture in the WTO Doha Round from a Brazilian Perspective. University of Cambridge Centre for Rising Powers Working Papers, n. 1, p. 1-17, May 2011. Disponível em: <http://www.crp.polis.cam.ac.uk/documents/working-papers/crp-working-paper-1-braz-baracuhy-rising-powers-re.pdf>. Acesso em: 8 Ago. 2018. p. 8.

158 BARACUHY, Braz. Rising Powers, Reforming Challenges: Negotiating Agriculture in the WTO Doha Round from a Brazilian Perspective. University of Cambridge Centre for Rising Powers Working Papers, n. 1, p. 1-17, May 2011. Disponível em: <http://www.crp.polis.cam.ac.uk/documents/working-papers/crp-working-paper-1-braz-baracuhy-rising-powers-re.pdf>. Acesso em: 8 Ago. 2018. p. 9.

159 A sigla NAMA é utilizada para se referir à expressão em inglês Non-Agriculture Market Access.

a rodada até o final de 2006.¹⁶⁰ No entanto, entende-se que o sucesso de Hong Kong foi apenas relativo, visto que o único resultado mais robusto foi o acordo sobre o fim dos subsídios agrícolas à exportação e medidas equivalentes, o que já fora acordado em 2004.

Após Hong Kong, as negociações foram retomadas em Genebra, até serem oficialmente suspensas pelo Diretor-Geral Pascal Lamy, em julho de 2006. A UE insistia em alterar o foco da negociação para NAMA, deslocando a ideia basilar de que a agricultura determinaria o nível de ambição das negociações.

Nesse sentido, na terceira fase, de 2006 a julho de 2008, ocorreram novas formas de negociação, nos mais variados foros. Os formatos multilaterais de negociações foram movidos pelos FIPs, G-6 e G-4, iniciando-se em Davos em janeiro de 2006, permanecendo a China ausente dessas negociações até 2008. Dois pontos, que já eram velhos conhecidos, tomaram conta da pauta, quais sejam os cortes dos subsídios americanos e o acesso ao mercado agrícola europeu, além disso, outra questão emergiu, o acesso aos mercados dos países em desenvolvimento para produtos industriais (NAMA). Os prazos de apresentação para o primeiro semestre de 2006 foram todos perdidos, tendo Lamy suspenso as negociações ministeriais em 24 de julho de 2006.

Após o impulso dado pela minireunião ministerial do G-20 realizada no Rio de Janeiro, em setembro de 2006, juntamente com os coordenadores de grupos de países em desenvolvimento (Grupo Africano, Países da África, Caribe e Pacífico, Caricom, Cotton-4, pequenas economias vulneráveis), retomou-se intensivamente as negociações em Genebra, entre o final de 2006 até julho 2008, sob o comando de Crawford Falconer.

Paralelamente, o G-4 (EUA, UE, Brasil e Índia) continuou o seu esforço para abordar as questões centrais do tripé de negociação ainda não resolvidas. Para impulsionar os trabalhos, foi realizada uma Ministerial do G-4, em Potsdam, na Alemanha, em julho de 2007. Contudo, esta foi mais uma tentativa de se instalar um *Blair House* por membros desenvolvidos. Para Braz

Baracuhy,¹⁶¹ no entanto, o fracasso de Potsdam teve, na verdade, um resultado positivo, pois deu poder ao processo multilateral em Genebra, para explorar soluções sobre as questões complexas de produtos de finalmente sensíveis elencados no primeiro semestre de 2008, depois de meses intensivos de negociações plurilaterais envolvendo a Austrália, Brasil, Canadá, UE e os EUA.

Novos projetos para que se alcançassem posições convergentes foram delineados, de modo a tentar compatibilizar sensibilidades de países desenvolvidos e em desenvolvimento. Com base em um novo texto, resultante de uma série de contribuições do G-20, e em uma programação intensiva de negociações em diferentes configurações e formatos, foram produzidos vários documentos de trabalho e três revisões dos textos das modalidades. A última delas foi a base para a Mini Ministerial de julho de 2008.

Durante nove dias de negociações em formato aberto e nas *green rooms*, Pascal Lamy extraiu, com base nos Ministros do G-7 (Austrália, Brasil, China, UE, Índia, Japão e EUA), um acordo necessário, porém não suficiente. Com o quase colapso das negociações, DG Lamy lançou mão de um pacote que capturou os ganhos e os *trade-offs* em questões centrais de negociações de agricultura e NAMA. Contudo, um impasse impediu o progresso para que houvesse uma conclusão naquele momento.

Algumas semanas após essa falha de concluir as modalidades, o início da crise financeira global, em setembro de 2008, criou um cenário econômico novo e totalmente diferente, agora na última fase de negociações abordada. Os EUA se tornaram ainda mais avesso à liberalização do comércio, exceto, claro, em áreas em que ainda se sentia competitivo. Uma última tentativa foi realizada de setembro a dezembro de 2008, com uma nova tríade de negociação, com ênfase em: (i) cortes nos subsídios para o algodão dos EUA; (ii) acesso aos mercados dos países em desenvolvimento no que tange à agricultura; e (iii) acesso ao mercado de bens industriais nos países em desenvolvimento.

Foram feitos alguns progressos na compreensão do

160 BARACUHY, Braz. *Rising Powers, Reforming Challenges: Negotiating Agriculture in the WTO Doha Round from a Brazilian Perspective*. University of Cambridge Centre for Rising Powers *Working Papers*, n. 1, p. 1-17, May 2011. Disponível em: <http://www.crp.polis.cam.ac.uk/documents/working-papers/crp-working-paper-1-braz-baracuhy-rising-powers-re.pdf>. Acesso em: 8 Ago. 2018. p. 10.

161 BARACUHY, Braz. *Rising Powers, Reforming Challenges: Negotiating Agriculture in the WTO Doha Round from a Brazilian Perspective*. University of Cambridge Centre for Rising Powers *Working Papers*, n. 1, p. 1-17, May 2011. Disponível em: <http://www.crp.polis.cam.ac.uk/documents/working-papers/crp-working-paper-1-braz-baracuhy-rising-powers-re.pdf>. Acesso em: 8 Ago. 2018. p. 11.

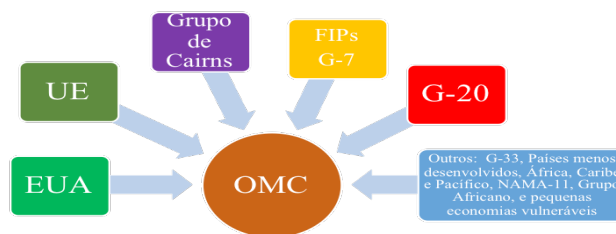
mecanismo de salvaguardas e produtos especiais entre Austrália, Brasil, China, UE, Índia e os EUA. Falconer também abordou outras áreas de negociações e, mais importante, o que refletiu no pacote de julho de 2008.

Na Ministerial de julho de 2008, um dos temas do Pacote de Lamy, que inviabilizou a conclusão da Rodada, foi o de salvaguardas especiais, ponto sensível para a Índia que não aceitava a proposta de gatilho sobre importações, que seria acionado para impedir surtos de importação de bens agrícolas. As propostas do gatilho eram variáveis, indo de 40% (Países Desenvolvidos) a 10% (Índia). Logo, a Índia tinha considerável receio de que as importações afetassem sua agricultura familiar. O Brasil, por outro lado, apoiou o Pacote, diferentemente dos EUA, pois para estes, a abertura comercial oferecida em NAMA pelos países em desenvolvimento ainda deixava a desejar.

Dessa forma, as negociações sobre acesso a mercados giraram em torno dos eixos: (i) estabelecimento de um limite para picos tarifários; (ii) definição das tarifas aplicáveis dentro das quotas; (iii) tratamento de produtos especiais, que receberiam cortes menores; e (iv) mecanismo de salvaguardas para países em desenvolvimento.

O Grupo de Cairns e o G-20 defendiam tetos para tarifas agrícolas, em contraste com a oposição do G-10; as salvaguardas especiais eram defendidas pelos países em desenvolvimento do G-33, porém não pelos países desenvolvidos. Sobre quotas tarifárias, a EU defendia que as tarifas seriam reduzidas a 15% e as inferiores a 15% seriam reduzidas a zero, contudo, o G-20 e o Grupo de Cairns defendiam a adoção de tarifa zero para produtos dentro da quota. Apesar disso, o Pacote de julho de 2008 consolidou certas posições negociadoras dos membros da OMC, e sua versão mais atualizada, de dezembro de 2008, ainda simboliza os resultados dos longos anos de negociação.¹⁶²

Figura 4 - Principais forças negociadoras em agricultura na Rodada Doha



Fonte: CCGI/EESP-FGV.

O próximo passo relevante presenciado nos últimos anos foi a Conferência Ministerial de Bali, em 2013. Nesta, que colocou fim à paralisa da Rodada Doha, foi concluído um pacote antecipado de resultados para a Rodada, muito positivos para o Brasil, inclusive em agricultura. Foram aprovadas regras para o preenchimento automático de quotas tarifárias, o que facilita os trâmites para os exportadores agrícolas, foi reconhecida na Declaração, novamente, que a OMC recolocaria em pauta a eliminação de todas as formas de subsídios à exportação. Foi reconhecida a importância dos programas de segurança alimentar nos países em desenvolvimento. Nesse sentido, foram reconhecidos como legítimos os programas de segurança alimentar realizados por esses países, permitindo, então, a permanência de políticas de estoques públicos, seguidas por salvaguardas que previnam medidas comerciais distorcidas. Por fim, foi instituído que a OMC prepararia, nos próximos doze meses, programas de trabalho com o objetivo de retomar as negociações nos temas mais importantes para Doha, como é o caso de agricultura.

Já em 2015, na X Conferência Ministerial da OMC, em Nairóbi, mais progressos foram vislumbrados na liberalização de produtos agrícolas. Como a Rodada Doha passa ainda por um momento de paralisação, principalmente por temas complexos como agricultura, e em que pese Bali tenha sido frutífera em seus resultados, esta Conferência representou um enorme esforço dos membros da OMC em desatar o nó criado sobre o âmbito do comércio agrícola. EUA, que após as paralisações da Rodada se furtou de maximizar suas iniciativas regionais, se mostrava reticente ao multilateralismo. Já o Brasil continuava a apoiar o discurso da eliminação de subsídios à exportação e medidas que distorcem o comércio internacional.

As negociações dessa Conferência resultaram no sucesso de vários temas que os países em desenvolvimento já haviam pleiteado. Dentre eles, destacam-se:

162 THORSTENSEN, Vera et al. *A regulação do comércio global de produtos agrícolas: perspectivas para 2050*. São Paulo: CCGI/FGV, 2012. p. 22.

- (i) a proibição imediata de se subsídios à exportação de produtos agrícolas por países desenvolvidos e em três anos por países em desenvolvimento, com algumas exceções;
- (ii) nos acordos sobre financiamento das exportações de produtos agrícolas com apoio oficial, estes passam a estar limitados a 18 meses de prazo, para evitar distorcer as exportações por meio de crédito subsidiado;
- (iii) obrigatoriedade de equilíbrio de longo prazo no seguro de crédito para produtos agrícolas e de cobrar prêmios proporcionais ao risco, de forma que os produtos agrícolas não ganhem competitividade com base no poder dos tesouros públicos;
- (iv) disciplinas iniciais para evitar que empresas estatais exportadoras de produtos agrícolas concedam subsídios disfarçados e um programa de trabalho para desenvolvê-las;
- (v) disciplinas para evitar que a ajuda alimentar distorça a concorrência e afete os mercados locais dos países para onde vai a ajuda;
- (vi) disciplinas sobre regras de origem para mecanismos de preferência tarifária em favor de países de menor desenvolvimento relativo;
- (vii) delação do prazo do *waiver* ou derrogação que permite conceder preferências no comércio de serviços para os países de menor desenvolvimento relativo;
- (viii) prolongamento da moratória sobre a cobrança de tarifas no comércio eletrônico;
- (ix) alongamento do prazo da moratória de abertura de controvérsias denominadas de “não violação” na área da propriedade intelectual;
- (x) *waiver* para países de menor desenvolvimento relativo na implementação de certos dispositivos do Acordo TRIPS.¹⁶³

Desse modo, constata-se que as negociações comerciais em torno do tema agricultura nem sempre foram

simples ou de fácil trato, visto que cada membro do sistema multilateral do comércio tem interesse em manter privilégios e benefícios. No sistema multilateral do comércio, agricultura sempre foi negociada pelos atores desenvolvidos, tendo os países em desenvolvimento atuado de forma mais decisiva, apenas, nos anos 2000. Tendo em conta que o GATT e a OMC passaram mais de cinquenta anos paralisados, nota-se que a partir da entrada do G-20 agrícola nas negociações, a balança de poder ficou menos desigual. Isso não quer dizer que todos os temas fossem negociados de forma mais rápida e com mais estímulos dos membros em transigir, contudo, infere-se que um esforço conjunto para destravar a Rodada não se torna raro, mesmo em tempos de um novíssimo regionalismo que desabrocha, tendo o resultado da Conferência de Nairóbi como é exemplo.

4. UMA NOVA AGENDA DE NEGOCIAÇÃO AGRÍCOLA PARA BRASIL E EUA

Avançar multilateralmente em questões centrais da regulação do comércio internacional é tarefa que encontra cada vez mais dificuldades. Presencia-se um esgotamento do ímpeto negociador da Rodada Doha, lançada em 2001 e ainda não finalizada com sucesso. Em contraposição à conclusão de uma rodada com compromissos amplos sobre todos os temas previamente estipulados, antevê-se a lenta e progressiva adoção de pacotes de regras específicas e individualizados em cada nova reunião ministerial, realizada de dois em dois anos. Permite-se, assim, a colheita antecipada (*early harvest*) de resultados com o intuito de se manter os países envolvidos nas negociações, para que o ímpeto negociador não se arrefeça e que velhas e novas questões sempre se mantenham em pauta, avançando e progredindo da melhor forma possível, rumo a um ambiente comercial mais liberalizado, justo e em prol do desenvolvimento dos Estados e da sociedade internacional como um todo.

Diante desse cenário, cumpre ao Brasil, que tem papel ímpar dentro da coalizção G-20 e que se tornou porta-voz qualificado nas demandas dos países em desenvolvimento ao longo dos anos, em particular, a partir dos anos 2000, investigar formas de se inserir na nova dinâmica de negociações internacionais, propondo temas prioritários, estudos técnicos e articulando-se

163 MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES – MRE. *Resultados da X Conferência Ministerial da Organização Mundial do Comércio – Nairóbi*, 15 a 18 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/12765-resultados-da-x-conferencia-ministerial-da-organizacao-mundial-do-comercio-nairobi-15-a-18-de-dezembro-de-2015>. Acesso em: 3 ago. 2018.

politicamente com países desenvolvidos e em desenvolvimento, seja por meio do G-20, seja por meio do G-7, uma nova saída frente às antigas complexidades e os novos desafios que pairam no comércio mundial. A balança de poder frente às negociações não mais perpetua um domínio americano e europeu, tendo os países em desenvolvimento forçado sua participação de forma mais incisiva desde os anos 70, ganhando projeção apenas nos anos 2000.

Nessa perspectiva, a análise realizada no presente trabalho, desde o exame pormenorizado do acordo sobre agricultura e da linha evolutiva das negociações multilaterais, com ênfase para o comportamento de EUA e Brasil dentro desse campo negociador, vale refletir sobre pontos que poderiam formar uma nova agenda de negociação agrícola entre Brasil e EUA. Esses dois países são extremamente relevantes para o comércio agrícola internacional, bem como foram e ainda o são peças-chave para o alcance de maior liberalização comercial e segurança alimentar, de modo a transformar situações de competição e rivalidade, em oportunidades de cooperação conjunta, colaboração técnica e assistência bilateral.

Dentre as possíveis iniciativas vislumbradas, destaca-se a proposta de negociação engendrada sobre a criação de um acordo plurilateral em agricultura, dentro do âmbito do sistema multilateral do comércio. Segundo Lima-Campos,¹⁶⁴ isso poderia ser alcançado por meio de um *waiver* à cláusula da nação mais favorecida nos termos do artigo IX:3 do GATT 1994. Essa iniciativa exigiria o cumprimento de determinados requisitos, como: (i) decisão por consenso da Conferência Ministerial, ou por três quartos dos Membros caso, em 90 dias, decisão por consenso não for alcançada; (ii) demonstração de que circunstâncias excepcionais estão presentes; (iii) a concessão do *waiver* deve ser realizada em caráter temporário; e (iv) quando admitido com duração de mais de um ano, revista anualmente pela Conferência Ministerial até expirar.

Devido ao elevado nível de comprometimento quanto à redução de subsídios agrícolas e barreiras comerciais que esse acordo plurilateral exigiria, Lima-

-Campos¹⁶⁵ entende como improvável que um *waiver* seja concedido por meio de uma decisão consensual em uma Conferência Ministerial. A conjuntura mais provável seria a aprovação de decisão por maioria de três quartos.¹⁶⁶ Como importante ator do comércio internacional agrícola na seara do comércio global, caberia ao Brasil liderar tal proposta instituindo um grupo central pequeno, formado pelos países do Grupo de Cairns, por exemplo, para, posteriormente, expandir as negociações para os demais países. Isso poderia exercer uma pressão saudável para que os EUA participem das discussões e uma solução mais rápida seja alcançada.¹⁶⁷ Ao negociar o novo conjunto de regras e compromissos, os países devem levar em consideração a heterogeneidade dos 164 Membros da OMC. Como sublinhado por Peres e Daibert,¹⁶⁸ até mesmo no grupo dos países desenvolvidos e nos em desenvolvimento, é possível identificar diferentes demandas e interesses.

Outro ponto de cooperação entre Brasil e EUA poderia ser direcionado à transferência de tecnologia agrícola para países menos desenvolvidos. Segundo o Artigo 66.2 do Acordo sobre Aspectos Relacionados ao Comércio de Direitos de Propriedade Intelectual (Acordo TRIPS),

países desenvolvidos devem conceder incentivos a empresas e instituições com o objetivo de promover e estimular a transferência de tecnologia aos países de menor desenvolvimento relativo, a fim de habilitá-los a estabelecer uma base tecnológica sólida e viável.

Nesse sentido, a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA) poderia aprofundar a já existente troca de conhecimento e avanços nas pesquisas científicas conjuntas com instituições anfitriãs norte

165 LIMA-CAMPOS, Aluísio. In *Agriculture, it is Time to Act with Plurilaterals*. In: MELÉNDEZ-ORTIZ, Ricardo; BELL-MANN, Christophe; HEPBURN, Jonathan (eds.). *Tackling agriculture in the post-bali context: a collection of short essays*. Geneva: ICTSD, 2014. p. 220.

166 LIMA-CAMPOS, Aluísio. In *Agriculture, it is Time to Act with Plurilaterals*. In: MELÉNDEZ-ORTIZ, Ricardo; BELL-MANN, Christophe; HEPBURN, Jonathan. *Tackling Agriculture in the Post-Bali Context: a collection of short essays*. Geneva: ICTSD, 2014. p. 220.

167 LIMA-CAMPOS, Aluísio. In *Agriculture, it is Time to Act with Plurilaterals*. In: MELÉNDEZ-ORTIZ, Ricardo; BELL-MANN, Christophe; HEPBURN, Jonathan. *Tackling Agriculture in the Post-Bali Context: a collection of short essays*. Geneva: ICTSD, 2014.

168 PERES, Ana Luísa Soares; DAIBERT, Letícia de Souza. Negotiating agriculture in the world trade organization: food security as a non-trade concern. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 1, p. 54-67, 2017. p. 65.

164 LIMA-CAMPOS, Aluísio. In *Agriculture, it is Time to Act with Plurilaterals*. In: MELÉNDEZ-ORTIZ, Ricardo; BELL-MANN, Christophe; HEPBURN, Jonathan (eds.). *Tackling agriculture in the post-bali context: a collection of short essays*. Geneva: ICTSD, 2014. p. 220.

americanas. O programa EMBRAPA-Labex, por exemplo, possibilita que pesquisadores sejam “alocados em grupos de pesquisas estratégicas de instituições anfitriãs por até três anos, com o intuito de promover uma robusta colaboração de pesquisa.”¹⁶⁹ Os benefícios dessa cooperação científica poderia ser difundidos por meio de uma cooperação técnica triangular entre Brasil, Estados Unidos e países de menor desenvolvimento relativo. Destarte, tecnologias agrícolas poderiam ser transferidas e adaptadas a realidade dos países beneficiários, contribuindo para o combate à pobreza e à fome em países que não possuem os recursos financeiros, científicos e técnicos para tanto.¹⁷⁰

Nos EUA e no Brasil, a produção agrícola caracteriza-se por índices expressivos de produtividade e de diversificação, apresentando, em ambos os países, elevada capacidade de suprimento de seus respectivos mercados domésticos e de competitividade no mercado internacional. Os dois países, portanto, apresentam condições objetivas de diminuir os aportes destinados a programas públicos de apoio ao setor agrícola. Essa iniciativa, além de coerente com as normas do sistema multilateral, poderia mitigar as diferenças e destacar pontos de convergência entre as duas maiores economias das Américas. Paralelamente, essa aproximação dos dois países em um tema sensível como a agricultura, teria efeito simbólico importante para a superação das divergências que paralisaram as negociações da Rodada Doha, no âmbito da OMC. O local apropriado para o início desse tipo de discussão poderia ser o Comitê de Agricultura da OMC, em que a posição sobre temas agrícolas específicos poderia ser bilateralmente coordenada, bem como poderiam ser vocalizadas a necessidade de eliminação gradual dos subsídios, conforme a análise concreta de programas de apoio específicos.

Para consecução desse objetivo, os dois países (principalmente os EUA) teriam de equacionar problemas gerados por atores políticos internos. Como explica Robert Putnam (1993),¹⁷¹ a política externa de um país

consiste em um jogo de dois níveis, o doméstico e o internacional. Assim, os atores internos, de forma articulada ou isolada, pressionam o governo com o objetivo de induzir o Estado a realizar seus interesses. Internacionalmente, o Estado, na qualidade de instância intermediária entre o interno e o externo, atua de forma a maximizar a satisfação dos interesses dos grupos de pressão domésticos.

No caso do Brasil e dos EUA, a redução das medidas de apoio doméstico teria provavelmente a resistência de grupos beneficiados por subsídios agrícolas. Esses grupos são fortemente articulados e atuam sobre a composição e sobre o funcionamento do Poder Legislativo, ator essencial na aprovação e na retirada de benefícios aos produtores rurais.¹⁷² Essa resistência, no entanto, seria diminuída por meio da aproximação, espontânea ou induzida, entre os grupos de interesse dos dois países, os quais poderiam, em conjunto, buscar soluções alternativas aos tradicionais apoios domésticos. Por exemplo, a maior aproximação entre produtores de soja brasileiros e norte-americanos poderia facilitar a redução mutuamente acordada dos subsídios para o setor, bem como encaminhar medidas que iniciassem uma espécie de governança internacional do mercado da soja. Essa governança poderia, inclusive, evoluir, em uma liderança de Brasil e Estados Unidos na criação de uma espécie de “Organização Internacional da Soja”, amplamente controlada por ambos os países.

Essa organização internacional englobaria tanto membros produtores quanto consumidores, pelo que os maiores produtores mundiais participariam com maior peso. Essa institucionalização seria benéfica ao passo que fomentaria um equilíbrio razoável entre a oferta e a procura desse bem agrícola em bases que assegurem fornecimentos adequados aos mercados consumidores; possibilitaria minorar futuros excedentes e flutuações de preço; reconhecera a relação entre comércio de soja e a estabilidade econômica dos mercados fornecedores; e promoveria maior transparência no comércio internacional desse produto, uma vez que disponibilizaria de uma ampla gama de dados e estatísticas globais sobre o setor.

A proposta de uma organização internacional para exportadores de matéria prima não é nova. Em 1963 foi

169 EMPRESA BRASILEIRA DE PESQUISA AGROPECUÁRIA. Cooperação científica. Disponível em: <https://www.embrapa.br/cooperacao-cientifica>. Acesso em: 13 set. 2018.

170 EMPRESA BRASILEIRA DE PESQUISA AGROPECUÁRIA. *Cooperação técnica*. Disponível em: <https://www.embrapa.br/cooperacao-tecnica>. Acesso em: 13 set. 2018.

171 PUTNAM, Robert. Diplomacy and domestic politics – the logic of two level games. In: EVANS, Philip; JACOBSON, Harold K.; PUTNAM, Robert (eds.) *Double-edge diplomacy: international bargaining and domestic politics*. Los Angeles: University of California Press, 1993.

172 ROGOWSKI, Ronald. *Commerce and coalitions: how trade affects domestic political alignments*. Princeton, N.J. Princeton University Press, 1990.

negociado o primeiro Acordo Internacional do Café,¹⁷³ que criou a Organização Internacional do Café, formada por exportadores e importadores de café, tendo como principal membro exportador o Brasil e importador os EUA.¹⁷⁴ Resultado de “um esforço de composição de muitas pretensões e conveniências”,¹⁷⁵ a Organização Internacional do Café objetiva zelar pelo funcionamento do acordo, qual seja basicamente a cooperação no setor cafeeiro, controle da oferta e demanda e controle de preços.¹⁷⁶ Mecanismos de controle efetivos foram criados por meio dos acordos e fiscalizados pela Organização, como os certificados de origem, em que todo embarque de café por um país que é membro exportador teria de ser acompanhado de um certificado de origem válido, emitido por um órgão governamental ou não governamental do Estado exportador, devidamente aprovado pela Organização Internacional do Café.¹⁷⁷ O Acordo serviu tanto aos países em desenvolvimento produtores quanto desenvolvidos compradores, que se beneficiaram dos mecanismos de controle, que foram aperfeiçoados ao longo do tempo.¹⁷⁸

Vale ressaltar que a Organização Internacional do Café não é a única organização que reúne países exportadores de matérias-primas. Essa é uma prática vislumbrada também em outras áreas. Destaca-se a existência da Organização Internacional do Cacau (OICACAU), fórum de consulta para questões relativas ao setor cafeeiro global. Assim como a Organização Internacional do Café, ela é composta tanto por membros exportadores quanto importadores. Dentre os membros exportadores, estão Costa do Marfim e Gana, que são os principais produtores, bem como o Brasil, que, apesar de não ser um dos principais produtores, possui representatividade na organização em função “de sua

importância em outras Organizações de Produtos de Base, como a Organização Internacional do Café e a Organização Internacional do Açúcar, bem como das atividades de cooperação levadas a cabo pelo País junto a membros africanos.”¹⁷⁹ Para os países exportadores, o principal benefício da organização é a cooperação setorial na cadeia de valor do cacau e com produtores de outros países e, atualmente, rumo à cooperação sustentável. Já para os países importadores, como EUA, Alemanha, França e Holanda, a organização atende o propósito, por exemplo, de auxílio na análise do impacto regulatório de medidas governamentais nos países exportadores e importadores sobre a produção e o consumo de cacau.

De modo geral, os países em desenvolvimento veem como positivas as iniciativas para melhorar a governança global do mercado de commodities agrícolas. Historicamente, os EUA também tendem a apoiar essas iniciativas, mas esse apoio fica à mercê das mudanças no governo norte americano, como exemplificado pela recente decisão de abril de 2018 do governo Donald Trump de remover o país da Organização Internacional do Café.¹⁸⁰ Na última reunião dos Ministros da Agricultura dos países da *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD)¹⁸¹ em 2016, reconheceu-se que políticas agrícolas internacionais e nacionais não estão suficientes alinhadas com as necessidades emergentes e os países da OECD deveriam adotar medidas para lidar com a extrema volatilidade do mercado.¹⁸² A instituição de organizações internacionais de países exportadores de matéria-prima, por exemplo, constituiria uma das possíveis medidas para controlar a volatilidade de preços no mercado internacional.

173 Atualmente, o último acordo envolvendo essa commodity agrícola data de 2007.

174 WEESE, Scott B. International coffee regulation: a comparison of the international coffee organization and the fair trade coffee regimes, *Cardozo Public Law, Policy & Ethics Journal*. v. 7, 2008. p. 283.

175 LAFER, Celso. O convênio internacional do café. *Revista Da Faculdade De Direito*, Universidade de São Paulo, v. 68, n. 2, 1973. p. 293.

176 LAFER, Celso. O convênio internacional do café. *Revista Da Faculdade De Direito*, Universidade de São Paulo, v. 68, n. 2, 1973. p. 293.

177 LAFER, Celso. O convênio internacional do café. *Revista Da Faculdade De Direito*, Universidade de São Paulo, v. 68, n. 2, 1973. p. 304.

178 LAFER, Celso. O convênio internacional do café. *Revista Da Faculdade De Direito*, Universidade de São Paulo, v. 68, n. 2, 1973. p. 304.

179 BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Decreto Legislativo nº 46 de 2017*. Disponível em: [file:///C:/Users/Vivian/Downloads/DOC-Avulso%20inicial%20da%20mat%C3%A9ria-20170404%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Vivian/Downloads/DOC-Avulso%20inicial%20da%20mat%C3%A9ria-20170404%20(1).pdf). Acesso em: 21 nov. 2018.

180 INTERNATIONAL COFFEE ORGANIZATION. *Decisions and Resolutions adopted at the 122nd Session of the International Coffee Council*. Disponível em: <http://www.ico.org/documents/cy2017-18/icc-122-24e-decisions.pdf>. Acesso em: 22 Nov. 2018.

181 Ressalva-se que apesar de a OECD ser formada majoritariamente por países desenvolvidos, ela também conta com a participação de alguns países em desenvolvimento, como Argentina, Chile, Colômbia, Costa Rica, Indonésia, México, Peru, África do Sul, Turquia e Vietnã.

182 ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Meeting of the OECD Committee for Agricultural at Ministerial Level*. Disponível em: <http://www.oecd.org/agriculture/ministerial/declaration-on-better-policies-to-achieve-a-productive-sustainable-and-resilient-global-food-system.pdf>. Acesso em: 21 Nov. 2018.

Outro aspecto importante das relações comerciais entre Brasil e EUA refere-se ao uso crescente de padrões privados de sustentabilidade. Estes são formulados e administrados por organismos não estatais, ainda que, em certos casos, vinculem o comportamento dos agentes econômicos governamentais. Essas fontes não tradicionais de regulamentação podem representar óbices injustificáveis ao livre comércio, afetando principalmente países em desenvolvimento e aqueles de menor desenvolvimento relativo.¹⁸³ No entanto, existe importante dissenso sobre a competência da OMC estender-se a esses padrões, avaliando sua compatibilidade com as normas multilaterais. O entendimento de Brasil e de EUA acerca do tema, representado uma convergência entre a mais importante economia desenvolvida e um importante país em desenvolvimento, seria importante para iniciar, ainda que tardiamente, o envolvimento da OMC nesse importante tema do comércio contemporâneo.

Mesmo que a OMC seja uma típica organização intergovernamental, constituída por Estados-membros e fechada aos entes destituídos de personalidade de direito internacional, entende-se que a exclusão do tema dos padrões privados das discussões multilaterais marginaliza a mais importante e efetiva organização internacional econômica de uma das mais importantes tendências do comércio atual. Esse alheamento, por sua vez, acarretaria em grande prestígio à OMC e diminuiria ainda mais sua credibilidade perante seus membros. O tratamento do tema dos padrões privados no âmbito da OMC é determinante para atualização e continuidade do regime multilateral de comércio.

Na qualidade de dois membros influentes da OMC e de dois atores que, no âmbito multilateral, têm apresentado posições divergentes marcantes sobre alguns assuntos, Brasil e EUA têm grande responsabilidade a respeito da formulação de um posicionamento definitivo da organização acerca desse tema emergente. Sem contrariar sua natureza intergovernamental, os dois países devem concluir que os padrões privados podem ser discutidos com base no arcabouço normativo existente, uma vez que, em certos casos (como nos casos de padrões privados legalmente obrigatórios), constituem

barreiras ao livre comércio admitidas no âmbito de um território soberano de um Estado-membro da OMC. Dessa forma, Brasil e EUA podem contribuir para que o tema seja analisado *cum grano salis*, trazendo para a esfera multilateral apenas os casos em que esteja presente a atuação omissiva ou comissiva do Estado ou de qualquer entidade, pública ou privada, que atue, na prática, como *longa manus* do governo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema da regulação do comércio agrícola no sistema multilateral é historicamente sensível devido a sua importância para uma série de questões estratégicas (segurança alimentar, mudanças climáticas, biocombustíveis e inclusão de produtores de baixa renda). Por esses motivos o setor vinha sendo tratado em caráter excepcional pelas regras do GATT de 1947, sendo somente regulado de forma categorizada com a adoção do Acordo sobre Agricultura em 1994, já no âmbito da OMC. Apesar de ainda haver várias lacunas, o AoA constitui um importante instrumento internacional por estabelecer os três pilares — acesso a mercado, apoio doméstico e competição nas exportações — segundo os quais práticas discriminatórias são combatidas.

Postergou-se para futuras negociações a continuação da reforma das regras que regem o comércio agrícola internacional. No entanto, devido ao impasse negociador da Rodada Doha, modificações mais profundas nesse sentido têm sido obstaculizadas. Pequenos avanços foram alcançados nas Conferências Ministeriais de Bali (2013) e de Nairóbi (2015). Todavia, na última Conferência Ministerial de Buenos Aires (2017), Estados Membros não conseguiram avançar em nenhum dos três pilares do Acordo sobre Agricultura.

Os entendimentos e decisões ministeriais sobre agricultura adotados no pacote de Bali representam uma tímida retomada dos tópicos da agenda de negociação de Doha. Disciplinas sobre temas importantes da regulação do comércio agrícola foram instituídas, como aprimoramento da forma como as quotas-tarifárias são administradas; inserção de programas de interesse de países em desenvolvidos na caixa verde de apoio doméstico; e proteção temporária de estocagem pública de alimentos para propósitos de segurança alimentar. Bali também foi responsável por reafirmar o comprometido

183 AMARAL, Manuela. "Protecionismo privado": a atuação da sociedade civil na regulação do comércio internacional. *Contexto Internacional*, Rio de Janeiro, v.36, n. 1, jan./jun. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-85292014000100007. Acesso em: 29 ago. 2018.

mento dos Membros com questões centrais a serem tratadas na reunião ministerial seguinte (Nairóbi).

Apesar de pequeno, o pacote de decisões ministeriais de Nairóbi também representou um avanço importante nas negociações internacionais sobre agricultura. Destacam-se as novas regras sobre acesso preferencial a mercado para algodão proveniente de países de menor desenvolvimento relativo, novos princípios sobre ajuda alimentar internacional e eliminação dos subsídios à exportação restantes das listas de compromissos. Todavia, questões como estocagem pública de alimentos para fins de segurança alimentar e mecanismo de salvaguardas agrícolas especiais para países em desenvolvimento ainda se encontram sem solução.

Em todo esse processo, ressalta-se que o G-20 ganhou papel fundamental na articulação de negociações importantes que visaram colocar a Rodada Doha nos trilhos. O G-20 representou o ápice de todas as iniciativas passadas dos países em desenvolvimento em busca de amplificar sua voz diante das inconsistências e retrocessos que pairavam no comércio internacional, uma vez que os subsídios domésticos e a exportação sempre consistiram em obstruções latentes ao livre comércio agrícola e ao desenvolvimento de todos os membros da OMC. O papel dessa coalizão foi decisivo e simbólico, para que se defina que hoje em dia, o cenário negociador difere-se de quando o GATT e a OMC foram criados.

Assim, no âmbito do presente comércio internacional agrícola, faz-se necessária maior cooperação entre os países, em especial Brasil e EUA, que em muitas ocasiões atuam como rivais, porém, se atuassem de forma mais próxima e em busca de interesses mútuos teriam a oportunidade de maximizar ganhos concretos nas esferas produtivas, tecnológicas e comerciais, objetivo comum de ambos os Estados. Portanto, pode-se concluir que sem colaboração, os interesses de Brasil e EUA continuarão a se chocar, e o resultado é o que se vislumbra no momento, iniciativas esparsas e regionais, fora do plano multilateral.

As regras multilaterais, uma vez que passaram por toda uma construção histórica, são necessárias e deverão persistir, porém, o que se propõe é uma maior cooperação bilateral entre Brasil e EUA, sempre respeitando as normas internacionais multilaterais sobre o tema, que embasarão a criação de iniciativas conjuntas, como a formulação e análise em conjunto das iniciativas de

padrões privados e levarem para o sistema multilateral discussões e posições previamente discutidas e concertadas no âmbito do Comitê de Agricultura, espaço legítimo para que sejam discutidas novas questões.

Tanto Brasil quanto EUA tratam-se de notáveis produtores agrícolas, com competitividade em nível mundial, e sempre muito participativos nas negociações multilaterais sobre o tema. Ambos os Estados são grandes produtores de oleaginosas e cereais, com destaque para soja e milho.¹⁸⁴ Dentre as propostas que poderão ser efetuadas para fomentar a cooperação entre Brasil e EUA, ressaltam-se três principais medidas.

A primeira delas seria a criação de um “grupo do grão”, para que se possa promover a cooperação mútua em relação à soja, seja no tocante à troca de tecnologia e informação. Apesar de os EUA continuarem sendo o maior produtor de soja do mundo, eles não possuem mais uma grande área livre para expansão, ao contrário do Brasil, que detém a nova fronteira agrícola do Maranhão, Tocantins, Piauí e Bahia (MATOPIBA) como o grande trunfo brasileiro sobre os norte-americanos. Argentina, Uruguai¹⁸⁵ e Paraguai também possuem crescimento, contudo, em menor escala que Brasil e EUA. Por isso, seria conveniente tanto para EUA quanto para Brasil fomentarem a cooperação, para poderem elevar seus ganhos de produtividade e atender à demanda global futura.

Além disso, quanto à segunda proposta, seria adequada a criação de uma “Organização Internacional da Soja”, nos moldes da Organização Internacional do Café e da Organização Internacional do Cacau, que englobaria tanto membros produtores quanto consumidores, pelo que os maiores produtores mundiais participariam com maior peso. Haja vista que tais organizações já se tornaram comuns tanto para países exportadores quanto importadores, as mesmas parecem possuir diversas vantagens, como: (i) regular o mercado internacional do determinado produto tanto para produtores quanto consumidores, bem como os preços internacionais, con-

184 FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS STATISTICS DIVISION - FAOSTAT. *Brasil*. Disponível em: <http://faostat3.fao.org/home/E>. Acesso em: 3 ago. 2018.

185 Sobre iniciativas de integração produtiva entre Brasil e Uruguai no âmbito do Mercosul ver: MESQUITA, Alebe; GABRIEL, Vivian. Grupo de Alto Nível Brasil – Uruguai (GAN): um novo paradigma para a integração produtiva no Mercosul. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 1, p. 44-60, 2016.

trolando, assim, a volatilidade do mercado internacional; (ii) desenvolver estudos, relatórios e estatísticas para guiar as decisões no setor; e (iii) promover boas práticas de higiene e sustentabilidade ao longo da cadeia de produção. Dentre as desvantagens, destacam-se (i) a possível falha na regulação de preços, assim como ocorreu em 1989 com a Organização Internacional do Café, levando a um colapso do Acordo Internacional do Café, que foi renegociado em 1994, 2001 e 2007¹⁸⁶; (ii) a eventual falta de cooperação dos membros com os princípios da organização, como acontece com EUA e União Europeia quando mantêm barreiras agrícolas ao livre comércio; e (iii) os custos de manutenção de uma Organização Internacional, que envolvem despesas com secretariado, sede e envio de representantes do corpo diplomático.¹⁸⁷

Para que sejam vislumbrados progressos nas negociações agrícolas, sempre de difícil resolução em razão dos interesses compartilhados e muitas vezes antagônicos entre Estados desenvolvidos e em desenvolvimento, sugere-se como terceira medida a criação de um acordo Plurilateral em Agricultura *para os maiores exportadores agrícolas*. Esse acordo plurilateral visaria à eliminação de questões prioritárias que sempre foram causa de entraves nas negociações multilaterais, como é o caso dos subsídios domésticos e à exportação. Um acordo dessa espécie significaria a aceitação voluntária dos compromissos por um número mais limitado de países, estendendo os benefícios do acordo a quem aderir-lo.

Por fim, em meio a análises e propostas, conclui-se que a parceria entre Brasil e EUA no setor agrícola tratar-se-ia não de um jogo de soma zero, mas sim de uma cooperação em que as duas partes sairiam ganhando, tanto no aspecto de mercado quanto no âmbito do melhoramento tecnológico, de modo a se alcançar benefícios futuros para produtores e consumidores globais de produtos agrícolas.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Manuela. “Protecionismo privado”: a atuação da sociedade civil na regulação do comércio internacional.

186 WEESE, Scott B. International coffee regulation: a comparison of the international coffee organization and the fair trade coffee regimes, *Cardozo Public Law, Policy & Ethics Journal*. v. 7, 2008. p. 283.

187 WEESE, Scott B. International coffee regulation: a comparison of the international coffee organization and the fair trade coffee regimes, *Cardozo Public Law, Policy & Ethics Journal*. v. 7, 2008. p. 287.

cio internacional. *Contexto Internacional*, Rio de Janeiro, v. 36, n. 1, jan./jun. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-85292014000100007. Acesso em: 29 ago. 2018.

AMORIM, Celso. *Breves narrativas diplomáticas*. São Paulo: Benvirá, 2013.

AZEVÊDO, Maria Nazareth Farani. *A OMC e a reforma agrícola*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

AZÊVEDO, Roberto. Message from Director-General Roberto Azevêdo. In: WORLD TRADE ORGANIZATION. *2016 Annual Report*. Geneva: WTO, 2016. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/anrep_e/anrep16_e.pdf. Acesso em: 26 ago. 2018.

BALIÑO, Alicia; KIMBERLEY, Botwright; GUDDOY, Kiranne; HEPBURN, Jonathan. Overview of Outcomes of WTO’s 10th Ministerial in Nairobi. *Bridges Daily Update*, Geneva, n. 5, p. 1-6, dec. 2015.

BAPTISTA, Adriane Nakagawa (org.). Acordo sobre agricultura. In: THORSTENSEN, Vera; OLIVEIRA, Luciana (coord.). *Releitura dos Acordos da OMC como interpretados pelo órgão de apelação*: efeitos na aplicação das regras do comércio internacional. São Paulo: VT, 2013.

BARACUHY, Braz. Rising powers, reforming challenges: negotiating agriculture in the WTO Doha Round from a Brazilian perspective. *University of Cambridge Centre for Rising Powers Working Papers*, n. 1, p. 1-17, May 2011. Disponível em: <http://www.crp.polis.cam.ac.uk/documents/working-papers/crp-working-paper-1-braz-baracuhy-rising-powers-re.pdf>. Acesso em: 8 Ago. 2018.

BRASIL. Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Brasil sediará reunião mundial da World Cocoa Foundation. Disponível em: <http://www.agricultura.gov.br/noticias/brasil-sediara-reuniao-mundial-da-world-cocoa-foundation>. Acesso em: 20 nov. 2018.

BRASIL. Agricultura, Pecuária e Abastecimento. *Carta de Genebra*: informativo sobre a OMC e a Rodada de Doha. Missão do Brasil em Genebra, ano 1, v. 1, fevereiro, 2002.

BRASIL. Agricultura, Pecuária e Abastecimento. *Carta de Genebra*: informativo sobre a OMC e a Rodada de Doha. Missão do Brasil em Genebra, ano 2, n. 6, setembro, 2003.

BREEN, John M. *The GATT Uruguay round: a negotia-*

- ting history (1986-1992) agriculture. Boston: Kluwer Law and taxation Publishers, 1993.
- CARÍSIO, Maria Clara Duclos. A evolução da política agrícola comum da União Europeia e seus efeitos sobre os interesses brasileiros nas negociações intercontinentais sobre agricultura. Brasília: FUNAG, 2006.
- EMPRESA BRASILEIRA DE PESQUISA AGROPECUÁRIA. *Cooperação científica*. Disponível em: <https://www.embrapa.br/cooperacao-cientifica>. Acesso em: 13 set. 2018.
- EMPRESA BRASILEIRA DE PESQUISA AGROPECUÁRIA. *Cooperação técnica*. Disponível em: <https://www.embrapa.br/cooperacao-tecnica>. Acesso em: 13 set. 2018.
- FLORENCIO SOBRINHO, Sérgio A. A. L.; SIMÕES, Antônio José Ferreira; OLIVEIRA, Glivânia Maria de. Liberalização do comércio internacional de produtos agrícolas temperados: perspectivas para a agricultura brasileira. *Caderno do IPRI*, Brasília, n. 4, p. 1-40, 1990. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/cadernos-do-ipri-num-04.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2018.
- FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS STATISTICS DIVISION – FAOSTAT. *Brazil*. Disponível em: <http://faostat3.fao.org/home/E>. Acesso em: 3 ago. 2018.
- GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE. Conciliation, French Assistance to Exports Of Wheat and Wheat Flour. Report Adopted on 21 November 1958, L/924 - 7S/46. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/58wheflr.pdf. Acesso em: 13 Sep. 2018.
- GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE. *Ministerial Declaration*. Adopted on 29 November 1983, GATT Doc. I./5424. Disponível em: https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/91000208.pdf. Acesso em: 14 Jul. 2016.
- GOMES, Natália Fernanda. A regulação internacional dos subsídios agrícolas: a contemporaneidade do paradigma realista para a compreensão do sistema de comércio agrícola internacional vigente. *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 1, p. 43-55, fev. 2013.
- GUIMARÃES, Feliciano. *A Rodada Uruguai do GATT (1986-1994) e a Política Externa Brasileira: acordos assimétricos, coerção e coalizões*. 2005. 205 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, 2005.
- HEPBURN, Jonathan. Uma avaliação do pacote agrícola de Nairóbi. *Pontes*, v. 12, n. 1, p. 23-26, mar. 2016.
- HOEKMAN, Bernard; MATTOO, Aaditya; ENGLISH, Phillip. *Development, trade, and the WTO: a handbook*. Washington D.C.: The World Bank, 2002.
- INTERNATIONAL CENTRE FOR TRADE AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT. *Achieving Progress In Multilateral Trade Negotiations on Agriculture*. Geneva: ICTSD, 2018.
- INTERNATIONAL COFFEE ORGANIZATION. *Decisions and Resolutions adopted at the 122nd Session of the International Coffee Council*. Disponível em: <http://www.ico.org/documents/cy2017-18/icc-122-24e-decisions.pdf>. Acesso em: 22 Nov. 2018.
- JANK, Marcos S.; ARAÚJO, Leandro Rocha de; LIMA, Rodrigo C. A.; JUNQUEIRA, Carla. Agricultura. In: THORSTENSEN, Vera; JANK, Marcos S. (coord.). *O Brasil e os grandes temas do comércio internacional*. São Paulo: Lex; Aduaneiras, 2005.
- KLEEN, Peter. *So alike and yet so different: a comparison of the Uruguay Round and the Doha Round*. Jan Tumlir Policy Essays. Brussels: European Centre for International Political Economy, 2008. Disponível em: <http://ecipe.org/app/uploads/2014/12/so-alike-and-yet-so-different-a-comparison-of-the-uruguay-round-and-the-doha-round.pdf>. Acesso em: 20 Jul. 2016.
- LAFER, Celso. O convênio internacional do café. *Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*, v. 68, n. 2, 1973.
- LIMA-CAMPOS, Aluísio. In Agriculture, it is Time to Act with Plurilaterals. In: MELÉNDEZ-ORTIZ, Ricardo; BELLMANN, Christophe; HEPBURN, Jonathan (eds.). *Tackling agriculture in the post-bali context: a collection of short essays*. Geneva: ICTSD, 2014.
- LOWENFELD, Andreas. *International economic law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- McMAHON, Joseph. *The WTO agreement on agriculture. a commentary*. New York: Oxford University Press, 2006.
- MESQUITA, Alebe; GABRIEL, Vivian. Grupo de Alto Nível Brasil – Uruguai (GAN): um novo paradigma para a integração produtiva no Mercosul. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 1, p. 44-60, 2016.
- MESQUITA, Paulo Estivallet de. *A Organização Mundial*

do Comércio. Brasília: FUNAG, 2013.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Resultados da X Conferência Ministerial da Organização Mundial do Comércio – Nairóbi, 15 a 18 de dezembro de 2015*. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/12765-resultados-da-x-conferencia-ministerial-da-organizacao-mundial-do-comercio-nairobi-15-a-18-de-dezembro-de-2015>. Acesso em: 3 ago. 2018.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. *Nomeclatura Comum do Mercosul – NCM*. Disponível em: <http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=411&refr=37>. Acesso em: 8 set. 2018.

NARLIKAR, Amrita. Fairness in International Trade Negotiations: developing countries in the GATT and WTO. *The World Economy*, v. 29, n. 8, p. 1005-1029, 2006.

NARLIKAR, Amrita. *International trade and developing countries: bargaining coalitions in the GATT & WTO*. London and New York: Routledge, 2003.

NARLIKAR, Amrita; TUSSIE, Diana. The G-20 at the Cancun Ministerial: developing countries and Their Evolving Coalitions in the WTO. *The World Economy*, v. 27, n. 7, p. 947-966, Jul. 2004.

OLIVEIRA, Ivan Tiago Machado. *A regulação do comércio internacional agrícola: histórico e perspectivas*. Brasília: Ipea, 2011. (Texto para Discussão, n. 1651). Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1651.pdf. Acesso em: 8 set. 2018.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Meeting of the OECD Committee for Agricultural at Ministerial Level*. Disponível em: <http://www.oecd.org/agriculture/ministerial/declaration-on-better-policies-to-achieve-a-productive-sustainable-and-resilient-global-food-system.pdf>. Acesso em: 21 Nov. 2018.

PERES, Ana Luísa Soares; DAIBERT, Leticia de Souza. Negotiating agriculture in the world trade organization: food security as a non-trade concern. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 1, p. 54-67, 2017.

PORTER, Jane M.; BOWERS, Douglas E. *A short history of U.S. agricultural trade negotiations*. Staff Report AGES 89-23. Washington DC: Agricultural and Rural Economy Division, Economic Research Service, US

Department of Agriculture, 1989.

PUTNAM, Robert. Diplomacy and domestic politics: the logic of two level games. In: EVANS, Philip; JACOBSON, Harold K.; PUTNAM, Robert (eds.) *Double-edge diplomacy: international bargaining and domestic politics*. Los Angeles: University of California Press, 1993.

ROGOWSKI, Ronald. *Commerce and coalitions: how trade affects domestic political alignments*. Princeton: N.J. Princeton University Press, 1990.

SMITH, Fiona. *Agriculture and the WTO: towards a new theory of international agricultural trade regulation*. Cheltenham: Edward Elgar, 2009.

SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso. O desenvolvimento da política agrícola comum da União Europeia. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 3, p. 374-389, 2016.

THIRD WORLD NETWORK. *The multilateral trading system: a development perspective*. New York: UNDP, 2001. Disponível em: <http://www.undp.org>. Acesso em: 8 Set. 2018.

THORSTENSEN, Vera *et al.* *A regulação do comércio global de produtos agrícolas: perspectivas para 2050*. São Paulo: CCGI/FGV, 2012.

THORSTENSEN, Vera. *Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações comerciais*. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2005.

THORSTENSEN, Vera; JANK, Marcos S. (coord.). *O Brasil e os grandes temas do comércio internacional*. São Paulo: Lex; Aduaneiras, 2005.

VAN DEN BOSSCHE, Peter; ZDOUC, Werner. *The law and policy of the world trade organization*. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

WEESE, Scott B. International coffee regulation: a comparison of the international coffee organization and the fair trade coffee regimes, *Cardozo Public Law, Policy & Ethics Journal*. v. 7, 2008.

WORLD TRADE ORGANIZATION. 2018 Annual Report. Geneva: WTO, 2018.

WORLD TRADE ORGANIZATION. MC11 in brief: agricultural issues. Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc11_e/briefing_notes_e/bfagric_e.htm. Acesso em: 17 Set. 2018.

WORLD TRADE ORGANIZATION. 2014 Annual

Report. Geneva: WTO, 2014. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/anrep_e/anrep14_e.pdf. Acesso em: 7 set. 2018.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *2016 Annual Report*. Geneva: WTO, 2016. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/anrep_e/anrep16_e.pdf. Acesso em: 7 set. 2018.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *2018 Trade policy review: Philippines*. Geneva: WTO, 2018.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Decision on measures concerning the possible negative effects of the reform pro-*

gramme on least-developed and net food-importing developing countries. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/35-dag_e.htm. Acesso em: 13 Jul. 2016.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *The WTO agreements series: agriculture*. Geneva: WTO, 2015.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Understanding the WTO: basics the Uruguay Round*. 2016. Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact5_e.htm. Acesso em: 8 Set. 2018.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**A galáxia lex e a construção
de um sistema jurídico
transnacional**

**The lex galaxy and the
construction of a transnational
legal order**

Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza

Jéssyka Maria Nunes Galvão

A galáxia *lex* e a construção de um sistema jurídico transnacional*

The *lex* galaxy and the construction of a transnational legal order

Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza**

Jéssyka Maria Nunes Galvão***

RESUMO

Em um mundo cada vez mais globalizado, os ordenamentos estatais não têm sido considerados como as únicas fontes de normatividade. A doutrina jurídica tem rechaçado, cada vez mais, a concepção dita westfaliana do direito, em que a exclusividade de produção normativa é da figura do Estado. Assim, têm-se, no pluralismo jurídico e na transnacionalidade, novas fontes de regulação que pretendem suprir os anseios dos setores sociais, que, a cada dia, especializam-se mais. Em relação a essa onda de especialização proveniente da globalização, surge o termo galáxia *lex*, que seria o conjunto de ordens transnacionais, aduzindo o presente estudo que tal galáxia possui a tendência de tornar-se universal, logo válida para todos os ordenamentos jurídicos, contribuindo para dirimir os conflitos intersistêmicos. Com fulcro no método hipotético dedutivo e por meio de levantamento bibliográfico da melhor doutrina a respeito, propugna-se a urgência da construção de um ordenamento jurídico transnacional, a galáxia *lex*.

Palavras-chave: Galáxia *lex*. Pluralismo jurídico. Transnacionalidade.

ABSTRACT

In an increasingly globalized world, the state systems have not been considered as the only source of normativity. The legal doctrine has increasingly rejected the so-called westphalian conception of law, in which the exclusivity of normative production is the figure of the state. Thus, in legal pluralism and transnationality, new sources of regulation are sought in order to meet the aspirations of the social sectors, which are becoming more specialized every day. From this wave of specialization from globalization comes the term *lex* galaxy, which would be the set of transnational orders, the present study suggesting that such a galaxy tends to become universal, valid for all legal systems, helping to resolve intersystemic conflicts. With the fulcrum in the hypothetical deductive method and through bibliographical survey of the best doctrine in respect, it is advocated the urgency of the construction of a transnational legal order, the *lex* galaxy.

Keywords: Galaxy *lex*. Legal pluralism. Transnationality.

* Recebido em: 27/09/2018
Aprovado em: 10/11/2018

** Professora Associada, Departamento de Direito Público Especializado, Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). E-mail: ecnrbarza@terra.com.br.

*** Mestre e doutoranda em Direito Internacional pela UFPE. Professora na Faculdade de Igarassu- FACIG. E-mail: jessyka_nunes@hotmail.com.

1. INTRODUCTION

Sob a égide de um mundo globalizado, o Direito conforme o paradigma dito westfaliano, ou arraigado na perspectiva que as fontes estatais são as únicas que possuem legitimidade, não tem conseguido suprir os anseios dos diversos setores sociais, em especial os ligados aos fatores econômicos.

Com a insuficiência normativa estatal, tem-se fortalecido a ideia, originada na Sociologia, do pluralismo jurídico. Com base na possibilidade de outras fontes de normatividade, a não ser a emanada pelo Estado, vislumbra-se, cada vez mais, o surgimento de verdadeiras ordens jurídicas especializadas que visam suprir a necessidade de regulação específica dos setores sociais. Todavia, a interação entre as citadas ordens pode gerar conflitos entre os sistemas, possibilitando a discussão sobre a construção de um ordenamento jurídico transnacional ou, ainda, maneiras para solucionar as disputas intersistêmicas.

Propõe o presente estudo que a tendência atual é a de se alcançar um Direito global em que coexistam as ordens jurídicas transnacionais de maneira coesa e cooperativa com os ordenamentos nacionais e o internacional. Assim, em um primeiro momento, será conceituado o que significa o fenômeno do pluralismo jurídico tendo em vista o contexto da transnacionalidade. Em seguida, serão especificados e aprofundados exemplos de ordens jurídicas especializadas, com destaque para a intitulada galáxia *lex*. Posteriormente, será abordada a questão da construção de um ordenamento jurídico transnacional e o uso dos contratos internacionais como acoplamentos estruturais entre sistemas. Por fim, propugna-se que tais contratos são os elementos conectivos entre as variadas ordens visando à construção de uma ordem global transnacional.

Constrói-se o argumento, com base no método hipotético dedutivo, de que existe a necessidade da construção de uma ordem mundial transnacional com base nos seus acoplamentos estruturais, buscando-se utilizar os exemplos das ordens jurídicas especializadas da galáxia *lex* como bases para a premissa de uma ordem global. Para a consecução da pesquisa, foi realizado o levantamento bibliográfico na melhor doutrina sobre a matéria, buscando-se compreender a temática sob o ponto de vista tanto de adeptos da Teoria Transconstitucionalista, como internacionalista, além de autores da

Sociologia Jurídica.

Acredita-se que a abordagem tendo em vista o pluralismo jurídico no âmbito da transnacionalidade conseguiu demonstrar a urgência da coesão e cooperação sistemática, por meio do uso de acoplamentos estruturais, para a construção de um ordenamento jurídico transnacional.

2. O PARADIGMA DO PLURALISMO JURÍDICO NO CONTEXTO TRANSNACIONAL

O fenômeno da globalização pode ser explicado de diversas maneiras, seja sob o aporte da expansão dos meios comunicacionais, tecnológicos e de conectividade, como pelo aumento das inter-relações entre pessoas, Estados e empresas, que tais aprimoramentos da tecnologia geram. No mesmo escopo de buscar compreender a globalização, o professor Giovanni Olsson entende que esta possui um caráter extremamente dinâmico estando em constante expansão sendo, ainda, possuidora de um conteúdo multidisciplinar. Consentaneamente, a globalização confunde o espaço e o tempo, fazendo com que as distâncias pareçam diminuir, e o tempo ande de maneira mais rápida, como se ocorresse uma aceleração do mundo¹.

É incontestável que o momento atual sob a égide da globalização enfraqueceu as concepções tradicionais sobre o Direito em que o Estado atuaria como única fonte de produção de normas². O Direito é afetado de forma que a sua efetividade não mais depende, exclusivamente, das instâncias normativas estatais, mas também de outros atores sociais.

Pode-se afirmar que tem sido construída uma relação de dependência entre sistemas sociais, não sendo mais possível considerar o Estado como a única esfera da qual emana a normatividade³. Da mesma forma,

1 OLSSON, Giovanni. *Relações internacionais e seus atores na era da globalização*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 90-91.

2 GALÁN, Alexis; PATTERSON, Dennis. *The limits of normative legal pluralism*: review of Paul Schiff Berman. *Global Legal Pluralism: a jurisprudence of law beyond borders*, Cambridge, Cambridge University Press, v. 11, n. 3, p. 783–800, 2012.

3 ROCHA, Leonel Severo; ATZ, Ana Paula. Do pluralismo jurídico ao diálogo inter-sistêmico das fontes na sociedade mundial. In: PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; HORN, Luiz Fernando Del Rio (Org.). *Relações de consumo: globalização*. Caxias do Sul: Educus, 2010. p. 107-132.

aduz o professor Marcelo Neves, que com maior integração da sociedade mundial, os problemas tornaram-se insuscetíveis de serem tratados por uma única ordem jurídica estatal no âmbito do respectivo território⁴.

Nesse ínterim, surgem teorias como a do pluralismo jurídico que procuram analisar a cada vez mais crescente diversidade de entes produtores de normas. De acordo com Wolkmer, o pluralismo jurídico:

consiste na multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos e consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo a sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais ou culturais⁵.

Conforme Teubner, a própria globalização constitui o resultado das dinâmicas dos múltiplos subsistemas sociais. Como consequência, as teorias jurídicas clássicas que enfatizam apenas o Estado, como a positivista, não estariam aptas para explicar as implicações legais da globalização⁶. Por meio da ampliação dos horizontes normativos e espaciais foi desenvolvido o termo “transnacional”, no qual o Direito transpõe os Estados e os territórios possibilitando a emergência de novas instituições multidimensionais, as quais produzem as necessárias regulações normativas⁷. De acordo com Axtmann,

os poderes do Estado são delegados “para cima” para órgãos suprarregionais e internacionais, “para baixo” para níveis locais regionais, urbanos e também “para fora,” como um resultado de cooperação transfronteiriça, para alianças *cross*-nacionais relativamente autônomas entre metropolitano local ou Estados nacionais com interesses complementares⁸.

Destarte, a transnacionalidade origina-se da globalização, apresentando como características próprias: a desterritorialização, a expansão capitalista, o enfraquecimento da soberania e o surgimento de um ordenamento jurídico à margem do monopólio estatal⁹. Com base em

tais concepções transnacionais a estruturação do Direito foi adquirindo um caráter cada vez mais especializado, em detrimento das fontes legislativas tradicionais¹⁰. Assim, surgiram verdadeiras ordens normativas específicas com alto grau de tecnicidade como, por exemplo, a *lex mercatoria*, *lex sportiva*, *lex digitalis*, entre outras que caracterizam a denominada galáxia *lex*¹¹.

Observa-se, dessa forma, o surgimento de novas ordens jurídicas e o fortalecimento de outras que se beneficiam com a globalização acarretando, assim, um cenário de pluralismo jurídico, no qual coexistem ordens jurídicas dos Estados e as transnacionais¹².

Com a proliferação de fontes de normatividade e a emergência da transnacionalidade do Direito, foi necessário aos teóricos do pluralismo jurídico compreender qual seria a legitimação de tais instâncias, uma vez que não seriam emanadas pelo Estado. Cabe no momento ressaltar que se deve compreender os integrantes da referida galáxia *lex* não como alheios ou totalmente afastados dos entes estatais. Mas devem ser analisados, conforme aduzido por Ralph Michaels, como fontes normativas além do Estado, e não sem ele¹³. A perspectiva do pluralismo jurídico não deve ser construída de forma a deslegitimar a figura estatal, mas sim como uma teoria que explica o encaixe das diversas ordens jurídicas em um sistema global, ou galáxia *lex*, que tem pretensão de coesão e cooperação intersistêmica.

3. AS ORDENS JURÍDICAS ESPECIALIZADAS

Os diversos subsistemas que compõem a propugnada galáxia *lex* podem ser considerados como ordens jurídicas de cunho especializado, cuja demanda dos ni-

4 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 35.

5 WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001. p. 219.

6 TEUBNER, Gunther. A bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. *Revista de Ciências Sociais e Humanas*. Piracicaba, v. 14, n. 33. 2003. p. 12- 14.

7 JESSUP, Philip Caryl. *Transnational Law*. New Haven: Yale University Press, 1965. p. 2.

8 AXTMANN, Roland. The State of the State: the model of the modern State and its contemporary transformation. *International Political Science Review*. London. v. 25, n. 3, p. 259-279, 2004.

9 STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Mário (Org.). *Direito e transnacion-*

alidade. Curitiba: Juruá, 2011. p. 50.

10 CALIXTO, Vinícius Machado. *A afirmação da lex sportiva como uma ordem jurídica transnacional autônoma*. 76 f. Monografia (Graduação) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2013.

11 LUZ, Cícero Krupp; ROCHA, Leonel Severo. Acesso à justiça e pluralismo jurídico global. In: *Direito Público e Evolução Social*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008. p. 119.

12 CALIXTO, Vinícius Machado. *A afirmação da lex sportiva como uma ordem jurídica transnacional autônoma*. 76 f. Monografia (Graduação) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2013. p. 25.

13 MICHAELS, Ralph. *The true Lex Mercatoria: law beyond the State*. Indiana: Duke Law University. Disponível: <http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1150&context=duke_fs>. Acesso em: 10 de ago. 2010.

chos sociais criaram novas formas de normatividade, não oriundas, exclusivamente, dos entes estatais. A partir da necessidade dos setores sociais, foram elaborados conjuntos de normas que conseguissem cumprir, com eficácia, os anseios específicos dos ditos setores. Nesse novel sistema jurídico, é possível distinguir diversas manifestações do pluralismo legal, sendo as mais conhecidas as: *lex mercatoria*, *lex sportiva*, *lex petrolea*, *lex electronica*, *lex argentarium*, *lex maritima* e *lex constructionis*.

Estas novas ordens jurídicas transnacionais se desenvolvem a partir das relações estabelecidas entre o direito e algum outro sistema funcional global, como, por exemplo, o comércio, o esporte ou a internet. Estas relações despontam em meio à análise da sociedade moderna multicêntrica, que desenvolve mecanismos que possibilitam a ocorrência de vínculos entre as diferentes esferas de comunicação social¹⁴.

A principal ordem especializada citada, a *lex mercatoria*, atua no âmbito comercial transnacional com base em organizações e atores internacionais privados. O debate sobre essa ordem passou por diversas fases, desde a antiga *lex mercatoria*, a partir de uma visão de um Direito desvinculado do Estado, inerente aos mercadores da antiguidade que teriam criado seu próprio conjunto de regras comerciais de fundo costumeiro; ou a nova *lex mercatoria*, que aprofundou o mito de um Direito comercial alheio à figura estatal¹⁵, o qual teria a pretensão de se tornar uma ordem jurídica internacional; e por fim, a novíssima *lex mercatoria* que propugna um Direito além do Estado, mas não separado deste¹⁶. Em resumo, aduz Carocchia que a:

Lex mercatoria é um conjunto de princípios e regras costumeiras, espontaneamente referidos ou elaborados no quadro do comércio internacional, sem referência a um sistema particular ou lei nacional. São desenvolvidas em negócios internacionais aplicáveis em cada área determinada do comércio internacional, aprovadas e observadas com regularidade¹⁷.

A *lex mercatoria* corresponde a um corpo normativo amplo como, por exemplo: os contratos tipo, usos e costumes do comércio internacional, condições gerais de venda, *incoterms*, regras de organizações internacionais, princípios do *Unidroit*, entre outros.

A construção dessa ordem especializada rompeu com o paradigma de que o Direito tem que ter a sua validação necessariamente vinculada ao Estado, uma vez que a *lex mercatoria* formou-se, espontaneamente, no plano transnacional, sem o controle político ou de formação legislativa estatal¹⁸.

No que tange à *lex sportiva*, o conceito desta está vinculado a um ordenamento jurídico autônomo constituído pela harmonização dos regulamentos das federações desportivas nacionais, das regras das Federações Internacionais e, ainda, das decisões emanadas dos tribunais de justiça e cortes arbitrais esportivas¹⁹. De forma semelhante, Ken Foster analisou que essa ordem especializada seria:

a afirmação de uma ordem jurídica autônoma privada estabelecida por meio de contratos entre federações internacionais e demais sujeitos da jurisdição esportiva e que emerge dos estatutos e regulamentos das federações, bem como se vale de interpretações conferidas por instituições de resolução alternativa de disputas²⁰.

Tem-se que a *lex sportiva* pode regular disputas a respeito da livre transferência dos atletas; a livre prestação de serviços; o direito de concorrência; os casos de *doping*; as situações de violência e discriminação racial; os patrocínios; os direitos de propriedade intelectual; as concessões de licenças, entre outros²¹. Para a solução de tais questões, existe o Tribunal Arbitral do Esporte (TAS), que se configura como uma corte transnacional, não vinculada a nenhum Estado²².

Outra manifestação da especialização das ordens transnacionais encontra-se na intitulada *lex petrolea*, sen-

14 NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo apud CALIXTO, Vinícius Machado. *A afirmação da lex sportiva como uma ordem jurídica transnacional autônoma*. 76 f. Monografia (Graduação) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2013. p. 24.

15 BERGER, Klaus Peter. *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*. Haia: Kluwer Law International, 2010. p. 5.

16 MICHAELS, Ralph. *The true Lex Mercatoria: law beyond the State*. Indiana: Duke Law University. Disponível: <http://lsr.nelco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1150&context=duke_fs>. Acesso em: 10 de ago. 2010.

17 CAROCCIA, Francesca. *Lex Mercatoria*. In: ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (Org.). *Dicionário da globalização*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006. p. 289.

18 TEUBNER, Gunther. A bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. *Revista de Ciências Sociais e Humanas*. Piracicaba, v. 14, n. 33. 2003. p. 236.

19 MELO FILHO, Álvaro. *Direito desportivo: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 27-28.

20 FOSTER, Ken apud CALIXTO, Vinícius Machado. *A afirmação da lex sportiva como uma ordem jurídica transnacional autônoma*. 76 f. Monografia (Graduação) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2013. p. 33.

21 KAWAMURA, Karlo Koiti. *Arena das empresas transnacionais e o desafio de regulamentação*. Ijuí: Unijuí, 2014. p. 153.

22 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 197.

do esta aplicável aos contratos internacionais ligados à indústria petrolífera. Nesta estão incluídos diversos agentes, tais como: as corporações multinacionais (*International Oil Companies* – IOC); os países hospedeiros (*Host Oil Countries* – HOC); as companhias estatais (*National Oil Companies* – NOC); as agências governamentais (no caso do Brasil, a ANP – Agência Nacional do Petróleo); as organizações não governamentais e o próprio governo²³.

A *lex petrolea* seria uma ordem legal espontânea, criada pelos próprios agentes da indústria transnacional do petróleo, sob o interesse comum de tornar a exploração e produção petrolífera viável e lucrativa. Tal fato criaria uma solidariedade entre os atores internacionais e encorajaria a elaboração de um conjunto de normas designado para governar os interesses da sociedade transnacional petrolífera²⁴. Na autonomia dessas normas, tanto em razão de sua origem consensual quanto em razão de seu conteúdo repousa, portanto, sua legitimidade²⁵.

No que concerne à *lex electronica*, também conhecida como *lex digitalis*, uma de suas maiores manifestações é o intitulado *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN), que administra os nomes de domínio de endereços de *websites*.

A dificuldade estatal em regular o ciberespaço é imensa, uma vez que a própria flexibilidade da rede mitiga o poder da autoridade nacional sobre a regulação de determinado conteúdo, principalmente pelo fato da incerteza em relação à jurisdição competente²⁶. Ainda, conforme Marcelo Neves:

os judiciários estatais não dispõem de poder nem meios técnicos para determinar, de forma vinculatória, que seja revogada a atribuição de um nome de domínio a um outro usuário. A ICANN

dispõe, nesse caso, do poder de decidir se acata ou rejeita, conforme suas próprias normas jurídicas, a decisão estatal. E o enorme poder de desconectar qualquer endereço da internet implica a possibilidade de que sejam desconectados endereços do sítio dos próprios órgãos judiciais estatais²⁷.

Um dos grandes questionamentos a respeito da ICANN refere-se à sua legitimidade quanto à importante regulação que efetiva, uma vez que a organização é controlada por um número reduzido de atores privados (*stakeholders*) e, ainda, com certa influência do governo americano. Assim, não há espaço para outros atores internacionais no processo decisório. As críticas têm se avolumado com a constituição de organizações e centros de estudo que visam debater sobre maior participação da sociedade global nas decisões da ICANN. Nesse sentido, foram criados, por exemplo, o ICANN *Watch* e o *Boston Working Group*, assim como o Fórum de Governança da *Internet*²⁸.

A controvérsia sobre a legitimidade do ICANN oportuniza as discussões sobre a necessidade de um desenvolvimento da *lex digitalis* envolvendo diversos atores internacionais públicos e privados. Visa-se, dessa forma, à consecução de um direito da *internet* com feições de um sistema mundial de níveis múltiplos²⁹, que abarque outros ordenamentos jurídicos nacionais e transnacionais de forma coordenada e participativa.

Outra interessante manifestação de ordem jurídica especializada é a *lex argentarium*, esta tem como uma das principais fontes normativas o Comitê de Basileia de Supervisão de Operações Bancárias, criado em 1974 pelos Bancos Centrais dos Estados do G10. O Comitê possui representantes privados e públicos, estabelecendo normas que são diretamente vinculadas aos Bancos Centrais dos países participantes³⁰.

Além do Comitê, atuam o ICC (*International Chamber of Commerce*) na regulação econômica, como os meios de pagamentos internacionais e garantias bancárias, e a UNCITRAL, principalmente na difusão de convenções internacionais sobre Direito Econômico. É importante ressaltar que foram desenvolvidos sistemas de soluções

23 ALVES, C. M. B. BdeC. C.; MARINHO, C. A. M.; VASSALLO, J. G de H. *Lex petrolea*: o direito internacional privado na indústria do petróleo. 4º PDPETRO, Campinas, 21-24 out. de 2007. Disponível em: <http://www.portalabpg.org.br/PDPetro/4/resumos/4PDPETRO_8_2_0143-3.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2015.

24 DE JESÚS, Alfredo. The Prodigious story of the Lex Petrolea and the Rhinoceros. *Philosophical Aspects of the Transnational Legal Order of the Petroleum Society. TPLI Series on Transnational Petroleum Law*, v. 1, n. 1, 2012. p. 49.

25 LINS, Carolina Barreira. Considerações sobre a existência e aplicação da *lex petrolea*. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 15 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54928&seo=1>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

26 MATIAS, Eduardo Felipe Pérez. *A humanidade e suas fronteiras*: do Estado soberano à sociedade global. São Paulo: Paz e Terra, 2005. p. 163-165.

27 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 208-209.

28 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 211-212.

29 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 212-213.

30 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 213.

de controvérsias quanto à *lex argentarium*, tais quais: o DOCDEX (*Documentary Instruments Dispute Resolution Expertise*) e as ISBP (*International Standard Banking Practice*). Ambas consistem em publicações da Câmara de Comércio Internacional contribuindo para a melhor análise do complexo mecanismo dos pagamentos e garantias bancárias internacionais³¹. Nota-se que a criação de sistemas próprios para a resolução de controvérsias demonstra o grau elevado de especialização em que essa ordem jurídica se encontra.

Deve-se mencionar, ainda, a intitulada *lex marítima* relacionada às regras orais, usos e costumes sobre navegação e comércio marítimo. Tal ordem foi desenvolvida no período medieval entre os séculos 9 e 12 como parte da perspectiva da *lex mercatoria*. A influência dessa especialização normativa marcou, particularmente, os países da *common law*, em especial Estados Unidos e Canadá, tendo sido posteriormente codificada na forma de um Direito Marítimo em tais nações³².

Outro exemplo menos conhecido é a *lex constructionis*, o foco dessa ordem diz respeito aos contratos internacionais de construção ou de infraestrutura possuindo, inclusive, um órgão internacional de regulação: a Federação Internacional de Engenheiros Consultores (*Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils*, FIDIC). Uma das maiores manifestações dessa normatividade dá-se por meio das cláusulas padrões presentes em tais contratos lidando com questões como gestão de riscos e danos, arbitragem e outras formas de solução de controvérsias, boa fé, duração contratual, entre outras³³.

4. O DESENVOLVIMENTO DE UM SISTEMA JURÍDICO TRANSNACIONAL

Uma das consequências da globalização é a ruptura com os paradigmas tradicionais do Direito. Apesar de ainda ser cedo para se prospectar sobre o futuro das

ditas ordens especializadas e a sua relação com os ordenamentos internos, já afirmam alguns autores ser possível vislumbrar-se uma ordem universal ou global ou, ao menos, um atual estágio de mutação para tal³⁴.

Confirma tal perspectiva Anne-Marie Slaughter que percebe, nas estruturas transnacionais, um modelo primário de um emergente sistema de cooperação internacional³⁵. À medida que as ordens especializadas se desenvolvem e se imiscuem nas mais diversas situações jurídicas, principalmente sob o paradigma da globalização, há a tendência das redes normativas se interconectarem gerando a necessidade de coesão e cooperação intersistêmica.

Assim, considera-se que, com base na organização sistêmica, ou do conjunto de normas coordenadas, que possibilitam a existência e funcionamento destas, surja um ordenamento jurídico transnacional. Esse sistema global surgiria com base na emergência de novos espaços públicos que efetivariam as estratégias de governança, regulação e intervenção das questões transnacionais. Tal contexto seria reflexo da progressiva “desterritorialização” e “desestatização” jurídicas, insurgindo cada vez mais as situações apostas como transnacionais. Todavia, deve-se ressaltar que tal ordenamento não anularia o direito nacional, mas, na realidade, haveria a coabitação entre estes e a consequente cooperação³⁶. No mesmo sentido, comenta Teubner que os diferentes setores sociais produzem normas com autonomia relativa diante da figura estatal formando um ordenamento jurídico *sui generis*³⁷.

Interessante ressaltar que tal ordenamento “desterritorializado” é compreendido pela doutrina conforme três modelos, de acordo com as relações desse sistema com o direito nacional³⁸. No primeiro entendimento, o

31 BOTELHO, Martinho Martins; LEE, João Bosco. *A criação e a existência da lex argentarium no direito comercial internacional*. 237 f. Dissertação (Mestrado) - Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2004.

32 USLEGAL. Lex maritima law and legal definition. Disponível em: <<https://definitions.uslegal.com/1/lex-maritima/>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

33 MOLINEAUX, Charles. *Moving toward a construction lex mercatoria- a lex constructions*. Disponível em: <https://www.trans-lex.org/126700/_/a-lex-constructionis-14-j-int-l-arb-1997-no-1-at-55-et-seq/>. Acesso em: 23 jul. 2018.

34 ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (Org.). *Dicionário da globalização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 89.

35 SLAUGHTER, Anne- Marie. *Sovereignty and power in a networked world order*. Disponível em: <<https://www.law.upenn.edu/live/files/1647-slaughter-annemarie-sovereignty-and-power-in-a>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

36 OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o direito transnacional. *Revista NEJ- Eletrônica*, v. 17, n. 1, jan./abr. 2012. p. 18-28.

37 TEUBNER, Gunther. A bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. *Revista de Ciências Sociais e Humanas*. Piracicaba, v. 14, n. 33. 2003. p. 9.

38 ELIAS, Fernando Lopes Ferraz. A internacionalização do direito a partir de diferentes fenômenos privados de construção normativa. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 11, n. 1, p. 116-133, 2013.

positivista, as disposições do direito transnacional são balizadas pela autonomia da vontade e dependem do ente estatal para a sua efetividade, por exemplo, por meio da execução judicial de um contrato. Nesse sentido, apesar da produção normativa ter uma faceta mais privatista, a legitimidade da normatização ainda é do Estado, que controla o sistema³⁹. Destarte:

O direito construído por entes privados se amolda ao paradigma jurídico clássico, e o poder normativo privado pertence à lógica hierárquica estatal preestabelecida, portanto, não há perda do monopólio por parte do Estado. Nesse modelo, a efetividade do direito internacional depende das autoridades judiciárias nacionais. Não há que se falar em autonomia do ordenamento privado em relação à lógica da tradicional visão piramidal do direito⁴⁰.

Em uma segunda perspectiva, há uma flexibilização do controle estatal sendo atribuída aos setores privados a capacidade de autogestão⁴¹. Assim, são reconhecidos como legítimos os diversos subsistemas, como os advindos da economia, setores da tecnologia etc., sendo-lhes conferida sua autonomia regulatória e de fiscalização⁴², de forma paralela ao Estado. Pode-se afirmar que, a respeito desse ponto de vista, não há a preocupação entre as relações intersistêmicas, acreditando-se que cada setor terá capacidade de manutenção requerendo pouca assistência do ordenamento estatal.

Por fim, no terceiro modelo, propugna-se pela independência da normatização realizada pelos atores privados⁴³ em relação aos entes estatais. Aqueles encontram seu fundamento por meio da auto validação do sistema, em que há a descentralização das fontes, criando um coerente de regras que permitam o funcionamento dos

setores cada vez mais especializados. Não há um sentido de paralelismo entre ordens, mas de direito sem Estado ou, no mínimo, que atua de forma independente daquele. Ao se afigurarem conflitos sistêmicos, nesse caso, não é possível entender que o Estado está hierarquicamente privilegiado em relação aos entes privados, o que permite vislumbrar o grau de aperfeiçoamento das normas transnacionais. Nessa visão há um novo sistema com vigência global, não nacional, que delimita os fenômenos jurídicos estatais e transnacionais⁴⁴, de tal forma que: “existem regras de conduta, usos e princípios gerais, que são respeitados por seus destinatários, existem julgadores que aplicam essas regras e existem meios de pressão para cumpri-las, logo, estamos diante de uma ordem jurídica⁴⁵.”

Acredita-se nessa obra que a complexidade das relações jurídicas, como herança da globalização, pode ser mais bem compreendida sob a perspectiva do citado terceiro modelo. Um dos argumentos para a afirmação de que está sendo criada uma nova espécie de ordenamento, ou quiçá, Direito Global, é a capacidade sancionatória de tal construção jurídica de forma independente do Estado, como se observa quando:

os prejuízos sofridos pela quebra de valores da própria rede por um ator ou grupo de atores passam a ser concebidos como um prejuízo de conjunto, uma vez que os objetivos dos atores estão centrados na própria manutenção e expansão da rede. Os sistemas de punição, agora privados, consistem na exclusão de atores ou conjunto de atores que se mostram contrários aos objetivos coletivos ou apenas para a consecução ótima dos resultados pretendidos⁴⁶.

Por conseguinte, há mudança na caracterização do Direito, passando a sanção a ocupar um papel secundário. A ausência de sanção não significa a ausência de efetividade⁴⁷, uma vez que prevalecem outros mecanismos que dão efetividade a essas normas, como a pressão dos atores do mercado, entre outros. Trata-se, portanto, de

39 VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. 2012. 606 f. Dissertação (Tese de Livre-docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 297, 436, 459.

40 ELIAS, Fernando Lopes Ferraz. A internacionalização do direito a partir de diferentes fenômenos privados de construção normativa. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 11, n. 1, p. 116-133, 2013. p. 125.

41 OST, F; KERCHOVE. *De la pyramide au réseau: pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002. p. 76.

42 ELIAS, Fernando Lopes Ferraz. A internacionalização do direito a partir de diferentes fenômenos privados de construção normativa. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 11, n. 1, p. 116-133, 2013. p. 125.

43 ELIAS, Fernando Lopes Ferraz. A internacionalização do direito a partir de diferentes fenômenos privados de construção normativa. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 11, n. 1, p. 116-133, 2013. p. 125.

44 TEUBNER, Gunther. Global bukowina: legal pluralism in the word society. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global law without a state*. Brookfield: Dartmouth Publishing Company, 1996. p. 13.

45 TOMAZETTE, Marlon. Internacionalização do direito além do Estado: a nova *lex mercatoria* e sua aplicação. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, 2012. p. 93-121.

46 TOMAZETTE, Marlon. Internacionalização do direito além do Estado: a nova *lex mercatoria* e sua aplicação. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, 2012. p. 129.

47 TEUBNER, Gunther. Global bukowina: legal pluralism in the word society. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global law without a state*. Brookfield: Dartmouth Publishing Company, 1996. p. 13.

um direito flexível, mutável e adaptável às exigências do mercado e de outros setores sociais⁴⁸.

Por meio de mecanismos específicos de sanção e procedimentos especializados, o sistema privado de autorregulação garante a sua legitimidade e efetividade, conferindo-lhe a semelhança a um ordenamento próprio. Nota-se a característica de autopoiese sistemática em que a validação depende dos agentes envolvidos e não mais das instâncias estatais. A doutrina concebe essa nova ordem, intitulada de Direito Global, como: “um fenômeno jurídico multicultural, multinacional e multidisciplinar, que ainda não alcançou a maturidade e a formalidade de um sistema legal estruturado⁴⁹.”

O aludido sistema universal, ou Direito global, teria as suas fontes no conjunto de discursos acerca do que pode ser considerado como Direito, levando em consideração as redes de comunicação sistêmicas⁵⁰ “criadoras de uma identidade global estritamente setorial, as quais se reproduzem continuamente. Estas redes substituem a tradição de comunidades de identidade que fundamentam as tradições do direito do Estado nação⁵¹.” A partir dessas fontes especializadas, há a emergência de novos espaços públicos plurais, solidários e democráticos, os quais são formados livres das amarras ideológicas da modernidade, sendo decorrentes da intensificação da complexidade das relações globais. Aduz-se que tais espaços são dotados de capacidade jurídica de governança, regulamentação, intervenção e, até mesmo, maneiras próprias de coerção com o escopo de projetar a construção de um novo pacto civilizatório⁵².

A partir da estruturação das supramencionadas fontes, constrói-se um ordenamento jurídico transnacional que surgiria como um conjunto ou sistema com pautas axiológicas comuns, as quais justificariam a sua consideração como um todo. Tal patamar de especialização e

encaixe nas necessidades da globalização, não consegue ser adstrito exclusivamente ao Direito nacional ou, ainda, internacional⁵³, o que demonstra a urgência de uma sistematização das ordens transnacionais específicas visando à coesão e cooperação. A esse Direito Global pode-se dar a alcunha de Galáxia *Lex*, em que os diversos subsistemas se interconectam com base em acoplamentos estruturais visando dirimir os conflitos normativos ou, ainda, intersistêmicos.

No entanto, enquanto não é efetivado esse Direito universal com seus elementos próprios de conexão, tem-se nos contratos internacionais, a chave para vincular as ordens da galáxia *lex* e as nacionais. Em linguagem própria da Teoria dos Sistemas, os contratos atuam como acoplamentos estruturais entre os ordenamentos especializados e os nacionais, com a validação através da autonomia da vontade⁵⁴. Além da permissividade em relação ao foro competente para eventuais disputas contratuais, ressalta-se a importância da escolha da lei aplicável, pois possibilita a utilização das ordens especializadas nos contextos nacionais.

Nesse contexto, Teubner⁵⁵ conferiu aos contratos a característica de serem os principais instrumentos reguladores do mercado globalizado⁵⁶. Explicita o autor que:

a resposta à pergunta sobre o *take-off* de um direito global sem um Estado é a seguinte: o direito econômico global é constituído de modo paradoxal. Fundamenta a sua validade no paradoxo da auto validação do contrato. Se for possível explicitar esse paradoxo da auto referencialidade contratual, um direito econômico global poderá ser colocado exitosamente em marcha⁵⁷.

Teubner desenvolve sua teoria no sentido que o contrato confere a sua própria validação diante dos outros

48 TOMAZETTE, Marlon. Internacionalização do direito além do Estado: a nova *lex mercatoria* e sua aplicação. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, 2012. p. 113.

49 Tradução livre. LE GOFF, Pierrick. Global law: a legal phenomenon emerging from the process of globalization. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Bloomington, v. 14, n. 1, 2007. p. 126.

50 FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. Autorregulação e direito global: os novos fenômenos jurídicos não-estatais. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 35, n. 2, p. 295- 312, jul./dez. 2015.

51 TEUBNER, Gunther. Global bukowina: legal pluralism in the word society. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global law without a state*. Brookfield: Dartmouth Publishing Company, 1996. p. 14.

52 CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. *Direito e transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 36.

53 CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. Fundamentos de direito transnacional. In: ROSA, Alexandre de Moraes; STAFFEN, Márcio Ricardo (Org.). *Direito global: transnacionalidade e globalização jurídica*. UNIVALI, 2013. p. 33-51.

54 LUZ, Cícero Krupp da. *A policontextualidade da lex mercatoria: contingência, paradoxo e decisão*. 171 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2009.

55 TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. *Revista de Ciências Sociais e Humanas*, Piracicaba, v. 14, n. 33, 2003. p. 21.

56 CALIXTO, Vinicius Machado. *A afirmação da lex sportiva como uma ordem jurídica transnacional autônoma*. 76 f. Monografia (Graduação) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB, Brasília, 2013. p. 20.

57 TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. *Revista de Ciências Sociais e Humanas*, Piracicaba, v. 14, n. 33, 2003. p. 21.

subsistemas, o que também pode ser compreendido com base na lógica do *pacta sunt servanda*, o qual legitima a obrigação entre as partes através da autonomia da vontade. A partir do comprometimento via contrato, seja do Estado envolvido, ou outros atores nacionais ou internacionais que aplicarão determinada ordem normativa especializada, tem-se a legitimidade desse mesmo ordenamento de maneira auto referencial.

Portanto, percebe-se em tal sentido que, apesar de se propugnar que as ordens da galáxia *lex* são autônomas em relação aos Estados, nota-se, em análise aprofundada pelos autores da intitulada novíssima *lex mercatoria*, que há, na verdade, um conjunto normativo além do Estado, porém, não totalmente desvinculado deste. Fica clara, sob a perspectiva dos contratos internacionais e da autonomia da vontade, a correlação com os entes estatais, que conferem a permissividade para o acoplamento estrutural, e as ordens especializadas.

Afigura-se que a identificação de acoplamentos estruturais entre sistemas é de grande valia num cenário dito hipercomplexo em que emergem diversas ordens de caráter normativo, tanto as estatais como as ordens internacionais, supranacionais (exemplo significativo a União Europeia) e transnacionais⁵⁸.

Assim, os acoplamentos são identificados como maneiras de explicar a comunicação entre diferentes sistemas. O contrato atuando dessa forma constitui-se em um modo privilegiado de ligação, estruturando os sistemas do Direito e outros setores sociais, que o reconstroem em seu interior como operações sistêmicas próprias⁵⁹.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No atual cenário de globalização, já foi sedimentado pela doutrina que o ordenamento estatal não pode ser entendido como a única fonte de normatividade. O paradigma contemporâneo se perfaz no pluralismo jurídico, isto é, na multiplicidade de ordens que podem

emanar normas ampliando, assim, o que se compreende como Direito.

Para tentar compreender como são construídas as normas que não podem ser classificadas nem como nacionais ou internacionais, pois não vinculadas a nenhuma fonte normativa destas, foi criado o termo transnacionalidade, como um direito além da noção estatal, sendo uma típica manifestação do pluralismo jurídico.

A partir desses novos espaços de regulação, os diversos setores sociais foram, cada vez mais, se especializando e criando suas próprias normas conforme suas necessidades singulares. Dessa forma, o conjunto das ordens jurídicas especializadas pode ser intitulado como galáxia *lex*, tendo como as principais: a *lex mercatoria*, *lex marítima*, *lex electronica*, *lex sportiva*, entre outras. Esse conjunto normativo pode ser entendido como ordens jurídicas, uma vez que sistematizam suas regras com base nos seus próprios âmbitos de legitimação e possuindo espécies *sui generis* de coerção, tal qual a reprimenda econômica.

Nesse trabalho visou-se prospectar que a tendência é a da coesão e cooperação intersistêmica entre tais conjuntos de ordens, uma vez que os conflitos sistemáticos são inevitáveis. Não somente nas ordens especializadas entre si, mas ainda com os contextos nacionais e internacionais. Todavia, enquanto um ordenamento global que minimize tais conflitos não é criado, a doutrina vislumbrou, nos contratos internacionais, uma solução intermediária.

Os contratos servem como acoplamento estrutural entre os sistemas nacionais, internacional e o transnacional, com fulcro na autonomia da vontade, e, no *pacta sunt servanda*, é conferida a permissividade para que as ordens da dita galáxia *lex* possam ter a conexão normativa com os citados sistemas. Assim, os contratos atuam como elementos de conexão ou como estruturas de transnacionalização, que geram a propalada coesão e cooperação sistemática e permitem, assim, a solução dos conflitos intersistêmicos gerando futuramente, quicá, um ordenamento jurídico transnacional.

58 FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não estatais. *Revista de Direito Internacional: Uniceub*, Brasília, v. 12, n.1, p. 395-414, 2015.

59 BARRETO, Ricardo de Macedo Menna. Contrato e autopoiese: uma observação sociológico-jurídica em Niklas Luhmann e Gunther Teubner. *Revista Direito e Liberdade: RDL: ESMARN*, v. 15, n. 3, p. 171-190, set./dez. 2013.

REFERÊNCIAS

- ALVES, C. M. B. B de C. C.; MARINHO, C. A. M.; VASSALLO, J. G de H. *Lex petrolea: o direito internacional privado na indústria do petróleo*. 4º PDPETRO, Campinas, 21-24 out. de 2007. Disponível em: <http://www.portalabpg.org.br/PDPetro/4/resumos/4PDPETRO_8_2_0143-3.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2015.
- ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (Org.). *Dicionário da globalização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- AXTMANN, Roland. *The State of the State: the model of the modern State and its contemporary transformation*. *International Political Science Review*. London: v. 25, n. 3, 2004.
- BARRETO, Ricardo de Macedo Menna. Contrato e autopoiese: uma observação sociológico-jurídica em Niklas Luhmann e Gunther Teubner. *Revista Direito e Liberdade: RDL: ESMARN*, v. 15, n. 3, p. 171-190, set./dez. 2013.
- BERGER, Klaus Peter. *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*. Haia: *Kluwer Law International*, 2010.
- BOTELHO, Martinho Martins; LEE, João Bosco. *A criação e a existência da lex argentarium no direito comercial internacional*. 237 f. Dissertação (Mestrado) - Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2004.
- CALIXTO, Vinícius Machado. *A afirmação da lex sportiva como uma ordem jurídica transnacional autônoma*. 76 f. Monografia (Graduação) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2013.
- CAROCCIA, Francesca. Lex Mercatoria. In: ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (Org.). *Dicionário da globalização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. Fundamentos de direito transnacional. In: ROSA, Alexandre de Moraes; STAFFEN, Márcio Ricardo (Org.). *Direito global: transnacionalidade e globalização jurídica*. UNIVALI, 2013. p. 33-51.
- CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. *Direito e transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009.
- CRUZ, Paulo Márcio (Org.). *Direito e transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2011.
- DE JESÚS, Alfredo. The Prodigious story of the Lex Petrolea and the Rhinoceros. Philosophical Aspects of the Transnational Legal Order of the Petroleum Society. *TPLI Series on Transnational Petroleum Law*, v. 1, n. 1, 2012.
- ELIAS, Fernando Lopes Ferraz. A internacionalização do direito a partir de diferentes fenômenos privados de construção normativa. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 11, n. 1, 2013.
- FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não estatais. *Revista de Direito Internacional: Uniceub*, Brasília, v. 12, n.1, p. 395-414, 2015.
- FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. Autorregulação e direito global: os novos fenômenos jurídicos não-estatais. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 35, n. 2, p. 295- 312, jul./dez. 2015.
- FOSTER, Ken apud CALIXTO, Vinícius Machado. *A afirmação da lex sportiva como uma ordem jurídica transnacional autônoma*. 76 f. Monografia (Graduação) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2013.
- GALÁN, Alexis; PATTERSON, Dennis. The limits of normative legal pluralism: review of Paul Schiff Berman. *Global Legal Pluralism: a jurisprudence of law beyond borders*, Cambridge, Cambridge University Press, v. 11, n. 3, p. 783 –800, 2012.
- JESSUP, Philip Caryl. *Transnational Law*. New Haven: Yale University Press, 1965.
- KAWAMURA, Karlo Koiti. *Arena das empresas transnacionais e o desafio de regulamentação*. Ijuí: Unijuí, 2014.
- LE GOFF, Pierrick. Global law: a legal phenomenon emerging from the process of globalization. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Bloomington, v. 14, n. 1, 2007.
- LINS, Carolina Barreira. Considerações sobre a existência e aplicação da lex petrolea. *Conteúdo Jurídico*, Brasília- DF: 15 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54928&seo=1>>. Acesso em: 17 jun. 2018.
- LUZ, Cícero Krupp da. *A policontextualidade da lex mercatoria: contingência, paradoxo e decisão*. 171 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em

- Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2009.
- LUZ, Cícero Krupp; ROCHA, Leonel Severo. Acesso à justiça e pluralismo jurídico global. In: *Direito Público e Evolução Social*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008.
- MATIAS, Eduardo Felipe Pérez. *A humanidade e suas fronteiras: do Estado soberano à sociedade global*. São Paulo: Paz e Terra, 2005.
- MELO FILHO, Álvaro. *Direito desportivo: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.
- MICHAELS, Ralph. *The true Lex Mercatoria: law beyond the State*. Indiana: Duke Law University. Disponível: <http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1150&context=duke_fs>. Acesso em: 10 de ago. 2010.
- MOLINEAUX, Charles. *Moving toward a construction lex mercatoria- a lex constructions*. Disponível em: <https://www.trans-lex.org/126700/_/a-lex-constructionis-14-j-int-l-arb-1997-no-1-at-55-et-seq/>. Acesso em: 23 jul. 2018.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o Direito Transnacional. *Revista NEJ- Eletrônica*, v. 17, n. 1, jan./abr. 2012.
- OLSSON, Giovanni. *Relações internacionais e seus atores na era da globalização*. Curitiba: Juruá, 2005.
- OST, F; KERCHOVE. *De la pyramide au reseau: pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002.
- PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; HORN, Luiz Fernando Del Rio (Org.). *Relações de consumo: globalização*. Caxias do Sul: Educus, 2010.
- ROCHA, Leonel Severo; ATZ, Ana Paula. Do pluralismo jurídico ao diálogo inter-sistêmico das fontes na sociedade mundial. In: PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; HORN, Luiz Fernando Del Rio (Org.). *Relações de consumo: globalização*. Caxias do Sul: Educus, 2010. p. 107-132.
- ROSA, Alexandre de Moraes; STAFFEN, Márcio Ricardo (Org.). *Direito global: transnacionalidade e globalização jurídica*. UNIVALI, 2013.
- SLAUGHTER, Anne- Marie. *Sovereignty and power in a networked world order*. Disponível em: <<https://www.law.upenn.edu/live/files/1647-slaughter-annemarie-sovereignty-and-power-in-a>>. Acesso em: 24 jul. 2018.
- TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global law without a state. Brookfield: Dartmouth Publishing Company*, 1996.
- TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. *Revista de Ciências Sociais e Humanas*, Piracicaba, v. 14, n. 33, 2003.
- TOMAZETTE, Marlon. Internacionalização do direito além do Estado: a nova *lex mercatoria* e sua aplicação. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, 2012.
- USLEGAL. *Lex maritima law and legal definition*. Disponível em: <<https://definitions.uslegal.com/l/lex-maritima/>>. Acesso em: 23 de jul. 2018.
- VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. 2012. 606 f. Dissertação (Tese de Livre-docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Has the Ability of Truth Commissions to Recommend Amnesty Been Effective in Enhancing Perpetrator Cooperation?

A aptidão das Comissões de Verdade para recomendar a anistia foi efetiva para o aprimoramento da cooperação com o perpetrador?

Jeremy Sarkin

Has the Ability of Truth Commissions to Recommend Amnesty Been Effective in Enhancing Perpetrator Cooperation? *

A aptidão das Comissões de Verdade para recomendar a anistia foi efetiva para o aprimoramento da cooperação com o perpetrador?

Jeremy Sarkin**

ABSTRACT

This article examines the amnesty powers granted to a variety of truth commissions (TC). It considers whether the process by which TCs are able to recommend for perpetrators who cooperate with TCs (and usually provide truth) has ensured that such individuals come forward and cooperate with these institutions. This is decisive, as TCs everywhere experience difficulties in obtaining perpetrator cooperation and testimony. Crucially, unlike the South African TC, which had the power to directly grant amnesty, later TCs have only been able to recommend, to their governments, that amnesty be granted to specific persons who meet criteria laid out in the specific TC's legal mandate. The article therefore examines the efficacy of TC amnesty powers in South Africa, Grenada, Indonesia, the Democratic Republic of the Congo (DRC), Nepal, Timor-Leste/Indonesia, Liberia, Kenya, South Korea, and Timor-Leste. All these institutions had different provisions as to when, and for what reasons they could make a recommendation that amnesty be given (besides the South African TC which could directly grant amnesty). This article touches on some of the problems that may occur during such processes that need careful attention to ensure that perpetrators enter such conditional amnesty processes, and tell the truth once they do. The lessons learnt from the various TC amnesty processes are brought to the fore to determine what future TCs ought to bear in mind should it be decided to use conditional amnesty methods.

Keywords: Transitional Justice, truth commissions, truth, amnesty, conditional amnesty, immunity, pardons, perpetrator, search and seizure, South Africa, Grenada, Indonesia, the Democratic Republic of the Congo, Timor-Leste, Indonesia, Liberia, Kenya, and South Korea.

RESUMO

Este artigo examina os poderes de anistia concedidos a uma variedade de comissões da verdade (TC). Ele considera se o processo pelo qual os TCs podem recomendar aos perpetradores que cooperam com os TCs (e ge-

* Recebido em: 05/01/2019
Aprovado em: 28/02/2019

** BA LLB (Natal) LLM (Harvard) LLD (UWC). Distinguished Visiting Professor of Law, and member of CEDIS, NOVA University, Lisbon, Portugal. He is admitted to practice as an Attorney in South Africa and an Attorney in New York, USA. He is a former Chair-Rapporteur, United Nations Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances. I wish to express my appreciation to Robert Grant for his assistance on this article. E-mail : jeremy.sarkin@ymail.com

ralmente fornecem verdades) assegurou que tais indivíduos se apresentem e cooperem com essas instituições. Isso é decisivo, pois as TCs em todos os lugares enfrentam dificuldades para obter a cooperação e o testemunho do perpetrador. Crucialmente, diferentemente da TC Sul-Africana, que tinha o poder de conceder anistia diretamente, os TCs posteriores só puderam recomendar aos seus governos que a anistia fosse concedida às pessoas específicas que atendessem aos critérios estabelecidos no mandato legal da TC. O artigo examina a eficácia dos poderes de anistia da TC na África do Sul, Granada, Indonésia, República Democrática do Congo (RDC), Nepal, Timor-Leste / Indonésia, Libéria, Quênia, Coreia do Sul e Timor-Leste. Todas essas instituições tinham disposições diferentes sobre quando e por quais motivos poderiam fazer uma recomendação de anistia (além do TC sul-africano que poderia conceder anistia diretamente). Este artigo aborda alguns dos problemas que podem ocorrer durante esses processos, que requerem cuidadosa atenção para garantir que os autores entrem em tais processos de anistia condicional e digam a verdade quando o fizerem. As lições aprendidas com os vários processos de anistia da TC são trazidas à tona para determinar o que os futuros TCs devem ter em mente caso seja decidido usar métodos condicionais de anistia.

Palavras-chave : Justiça Transicional, comissões da verdade, verdade, anistia, anistia condicional, imunidade, perdão, perpetrador, busca e apreensão, África do Sul, Granada, Indonésia, República Democrática do Congo, Timor-Leste, Indonésia, Libéria, Quênia e Coreia do Sul .

1. INTRODUCTION

The role and function of truth commissions (TCs) are generally viewed to be important in post conflict societies.¹ Their roles are however contested.² Some have

1 Jeremy Sarkin and Tetevi Davi, "Examining the Criticisms Levelled Against Transitional Justice: Towards An Understanding of the State of the Field", *Human Rights and International Legal Discourse*, 11(1). (2017): 7-22.

2 David Mendloff, "Truth-Seeking, Truth-Telling, and Post-Conflict Peacebuilding: Curb the Enthusiasm?" *International Studies Review*, 6 (2004): 355- 80; but see a more positive study Olsen, Tricia D., Leigh A. Payne, and Andrew G. Reiter, "Transitional Justice in Balance, Comparing Processes, Weighing Efficacy." (Washington, DC: United States Institute of Peace Press) 2010.

challenged the extent to which these institutions have had positive effects, or have adequately addressed the human rights situation in that country on their own.³ The fact is that there have been more than 50 truth commissions that fall within the often-narrow definition of a TC (and many more if a wider definition is used). However, there have been many more of these institutions that some commentators do not include within the classification of a TC. The fact that such processes are so regularly established in so many places around the world indicates that they are widely recognised as playing at least somewhat important functions. Such institutions, and a range of other similar mechanisms, have multiple and varied objectives. Borer, for example, has argued that TCs have 26 different objectives.⁴ Obviously, the main area that TCs are involved in is truth gathering. Part of this exercise is about memory and can be more helpful than other tools in "devising a new national narrative."⁵ Another goal is accountability. Accountability is somewhat controversially linked to TCs as many have the perception that TCs actually reduce accountability as they often replace trials and retributive justice. However, it has been argued that TCs do not impact the human rights situation in a country without the accompanying trials and amnesties.⁶

Today, the right to the truth is recognised as an international right. In this context, the issue remains about how to ensure that victims enjoy that right in practice. While the right to the truth is available in a range of treaties and other international legal principles, the benefit to victims is not always realised. One institutional home for truth recovery, especially for the needs of victims, are truth commissions. Truth commissions are useful vehicles in this regard depending on how they are established and what resources they have at their disposal to embark on the truth collecting enterprise.

3 Johannes Langer, "Are Truth Commissions Just Hot-Air Balloons? A Reality Check on the Impact of Truth Commission Recommendations." *Desafios* 29.1 (2017): 177-210.

4 Anne Borer Tristan, "Truth Telling as a Peace-Building Activity: A Theoretical Overview," in *Telling the Truths: Truth Telling and Peace Building in Post-Conflict Societies*, ed. Anne Borer Tristan (Notre Dame, IN: University of Notre Dame Press, 2006), 26.

5 Martha Minow, "Making History or Making Peace: When Prosecutions Should Give Way to Truth Commissions and Peace Negotiations", *Journal of Human Rights*, 7(2). (2008): 180.

6 Tricia D.Olsen; Leigh A. Payne; Andrew G. Reiter, and Eric Wiebelhaus-Brahm, "When Truth Commissions Improve Human Rights", *The International Journal of Transitional Justice*, 4 (2010): 457-476.

The way in which amnesties are used, and can be used by truth and reconciliation commissions to gain truth remains an understudied area. Generally, when the topic is discussed it focuses on when amnesties are legally permitted in international law.⁷ When specific TCs are discussed, it is usually in relation to the South African process, which allowed its TC to grant amnesty that is discussed. While it is true that South Africa's conditional amnesty has been acknowledged as the most legally stringent and politically legitimate of amnesties established in post-conflict societies,⁸ it is still very controversial.⁹ In spite of it being democratically enacted through Parliament,¹⁰ at least one reason for the controversy surrounding the process is because it gave amnesty for all offences, and did not exclude serious international crimes.¹¹

A number of TCs since the South African Truth and Reconciliation Commission have been given the power to recommend to government that amnesty is granted to individual perpetrators who have committed offences. None of these later institutions were actually given the power to grant amnesty. Countries where TCs were involved in recommending amnesties include the processes in Grenada, Indonesia, the Democratic Republic of the Congo (DRC), in Timor-Leste/Indonesia in the joint Commission on Truth and Friendship (CTF), and Liberia to name a few. A number of other processes were to be established with such powers, however they were either never set up, were struck down by the courts or never used their powers. These are discussed briefly in the article.

This article examines the amnesty powers granted to a variety of TCs. It considers whether the process by which TCs are able to recommend amnesty to specific perpetrators who cooperate with TCs and provide truth, has ensured that such individuals come forward and cooperate. This is decisive, as TCs "experience di-

fficulties in obtaining detailed perpetrator testimony."¹² Crucially, unlike the South African TC that - as discussed below - had the power to directly grant amnesty, later TCs were only able to recommend to their governments that amnesty be granted to specific persons who had met the criteria laid out in the specific TC's legal mandate.¹³

All these institutions had different provisions as to when, and for what reasons they could make such a recommendation that amnesty be given. The only process that was different, where the commission could not recommend amnesty for perpetrators, was that which occurred in Timor-Leste from 2001. This process allowed the truth commission to assist perpetrators to obtain immunity,¹⁴ through a community reconciliation programme.¹⁵ It must be noted that immunity was to be given, not amnesty. The ability to grant immunity to perpetrators in Timor-Leste however was not in the remit of the commission. It had to be done by the commission in association with the prosecuting authority and with the concurrence of the courts. However, as discussed below, the only recommending model where perpetrators entered the process in any numbers was the one in Timor-Leste. There, perpetrators knew their names were known, seemed to trust the process more, and had more certainty that once they entered the process, a positive outcome would result.

This article touches on some of the problems that may occur during such processes; problems that need careful evaluation to ensure that perpetrators enter a conditional amnesty process and tell the truth once they have entered the process.¹⁶ The lessons learnt from the various processes where amnesty was directly granted (South Africa) and those where the TC only had powers to recommend amnesty are compared to determine what best practises be recommended for future conditional amnesty processes in TC activities.

7 Francesca Lessa, *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability: Comparative and International Perspectives*, ed. Payne, Leigh A. (Cambridge University Press 2014; Cambridge, U.K.).

8 Richard A. Wilson, *The Politics of Truth and Reconciliation in South Africa – Legitimising the Post-Apartheid State*, (Cambridge University Press 2011; Cambridge) 23.

9 Mark Freeman, *Necessary Evils: Amnesties and the Search for Justice* (Cambridge University Press 2009; Cambridge, U.K.).

10 Jeremy Sarkin, "The Development of a Human Rights Culture in South Africa" *Human Rights Quarterly* 20(3), (1998): 628-655.

11 Louise Mallinder, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide*. (Bloomsbury 2008; U.K.).

12 Natalie Pierce, "Picking up the Pieces: Truth and Justice in Sierra Leone." *NZJPIL* 6 (2008): 117, 120.

13 Amnesty International, *Commissioning Justice: Truth Commissions and Criminal Justice*, April 2010, at 5.

14 Chega Part 9, paras. 3-4.

15 Patrick Burgess, "Justice and Reconciliation in East Timor: The Relationship between the Commission for Reception, Truth and Reconciliation and the Courts," *Criminal Law Forum* 15 (2004): 135-158.

16 See for example Rudi Teitel, "The Law and Politics of Contemporary Transitional Justice"

Cornell International Law Journal 38(3) (2005): 836-62.

2. PROVIDING AMNESTY TO PERPETRATORS

States that want to deal with past conflict employ a series of mechanisms to achieve peace and lasting stability.¹⁷ As a result, in post-conflict societies the use of amnesties is a common, yet contested tool.¹⁸ During the period between 1945 and 2011, 537 amnesties occurred in 127 countries. Of these, 398 amnesties materialised after 1979.¹⁹ The constitutions of 186 states mention either amnesty or pardon. Today, states are conducting amnesty proceedings as a recurring practice.²⁰

Amnesty popularly perceived as a method to prevent perpetrators from assuming their responsibilities. It is often understood as a way of avoiding fairness and promoting impunity.²¹ At times, however, this mechanism should be understood as a tool for the reconciling society.²² Nonetheless is important to note that sometimes these processes do not use the term amnesty, but use a range of other similar terms. Thus, immunity, pardon and other such terms can be used, at times, interchangeably with amnesty. However, immunity, as a term, is legally different to amnesty. Thus, the UN Rule-of-Law Tools for Truth Commissions argues that: “the granting of amnesty should not be confused with granting use immunity which is acceptable under international law.”²³ Thus, the key question is what does “Use immunity” or “immunity” means and how is it distinguished from amnesty? Immunity, legally speaking if it is applied in this sense, does not terminate criminal accountability or liability. It only ensures that certain evidence is precluded from being used in a case against a person.²⁴ Thus,

it is much narrower, and has less legal effect if defined in its common way, for the person to whom it is being applied.

There are different forms of amnesty such as conditional amnesty, limited amnesty and blanket amnesty. Self-amnesty, as some have argued, deserves to be in a separate group.²⁵ Yet, it is also true that the three sorts of amnesty referred to above, could fall into the self-amnesty group.

A blanket amnesty is defined as covering all violations that occurred during a limited period of time.²⁶ A limited type of amnesty, on the contrary, covers certain types of crimes, certain perpetrators, or certain time periods when the crimes were committed. Finally, a conditional amnesty is only given when the applicants fulfil certain requirements and conditions.

Various countries have used conditional amnesties as a mechanism to deal with the past. It can assist in truth recovery if amnesty is exchanged for truth. Conditional amnesties can usually provide substantially more truth than is currently the case in processes that typically rely on victim testimony. Amnesty should not be granted without perpetrators at least providing information about the acts for which they need amnesty.

Conditional amnesties are seen to be the most acceptable because they are the most accountable of all amnesties. Perpetrators have to provide something in return for amnesty. They have to go through a process. They are identified. Perpetrators are publicly named, which therefore should reduce impunity. Conditional amnesties seem to be more legitimate and reliable than amnesties that do not have any accountability.²⁷ Indeed, they require some sort of responsibility and, at the same time, obtain truth recovery for victims.²⁸ By definition, conditional amnesties give information about the identity of the perpetrators as well as the specific abuses they committed. Hence, truth telling becomes one of the main aspects of conditional amnesties. Depending

17 Nesiah Vasuki “Transitional Justice Practice: Looking Back, Moving Forward” *Research Report of Impunity Watch*, (2016): 11.

18 Helena Cobban, *Amnesty After Atrocity?* (Paradigm Publishers 2007, New York, USA).

19 Louise Mallinder, “Amnesties’ Challenge to the Accountability Norm? Interpreting Regional and International Trends in Amnesty Enactment”, in Leigh A. Payne and Francesca Lessa, *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability: Comparative and International Perspectives* (Cambridge University Press 2012, Cambridge, U.K.) 79.

20 Francesca Lessa and others, “Persistent or Eroding Impunity? The Divergent Effects of Legal Challenges to Amnesty Laws For Past Human Rights Violations” *Israel Law Review* 47, (2014):105.

21 Aryeh Neier, *War Crimes: Brutality, Genocide and the Struggle for Justice* (Times Books 1998).

22 Patricia Naftali, “Crafting a ‘Right To Truth’ in International Law: Converging Mobilizations, Diverging Agendas?”, *Champ Pénal*, 13 (2016).

23 United Nations OHCHR Rule-of-Law Tools for Post-Conflict States: Truth Commissions”, 10-12.

24 Patricia Lundy. “Commissioning the Past in Northern Ireland” *Review of International Affairs*, 60 (2010).

25 Kate Allan, “Prosecution and Peace: A Role for Amnesty Before the ICC?” *Denver Journal of International Law and Policy*, 39 (2010): 239, 242.

26 Jacob Childers, “Amnesty, Revenge, and the Threat of Conflict Relapse” *International Criminal Law Review* 14.6 (2014): 1095-1122.

27 David Weissbrodt, “Review Of Andreas O’Shea, Amnesty For Crime In International Law And Practice” *American Journal of International Law* 97 (2003): 227.

28 Allan, “Prosecution And Peace: A Role For Amnesty Before The ICC?”, 239.

on how the amnesties are applied they may prove to be quite useful truth-clarifying processes. With more transparency and a more open society when dealing with its past, greater guarantees of democratic stability can be achieved. Still, one of the main controversies is whether giving amnesties to perpetrators is more likely to benefit them than ensuring they are prosecuted for the crimes they committed.

As far as the usage of conditional amnesty for truth-seeking purposes is concerned, after the transitional justice process in South Africa, several countries have given powers to truth commissions to deal with amnesties. However those truth Commissions were often only given the power to recommend to governments that certain perpetrators should be amnestied in exchange for a specific set of conditions. These powers were provided in an attempt to enhance perpetrator cooperation with such processes that had largely not occurred before, without specific incentives for them to do so. Thus, a range of TCs were given such powers because one of the goals of TCs, often stated, is: “who did what to whom, when, where, and occasionally why.”²⁹ However, critical questions, which often remain unanswered, are asked about perpetrators, and, specifically who they are and what they did. This is because, generally speaking, these institutions rely on victims and their testimonies to achieve these purposes, as perpetrators in the main do not cooperate with such mechanisms. Thus, while TCs also conduct research, or collate research that was previously conducted depending on the available resources, it is victim testimony that is usually the major source of information for TCs. They are however, only part (and sometimes only a small part) of the overall picture of the past. This is because victims often have a very limited knowledge about the misdeeds that occurred. Their knowledge about who gave orders, what the chain of command was, who provided the arms and ammunition, who else was involved in the conspiracy and others is often incomplete. Victims have limited knowledge, as they may not even have been present when the atrocity was committed. If they were present, they usually have very little knowledge about what planning went into it and what transpired. Despite victims knowing so little about what occurred to them or how the abuses in general were perpetrated, truth commissions, in general,

rely largely on their testimonies.³⁰

At least an element of knowledge about the past lies with the perpetrators. However, with some limited exceptions, this group almost universally does not cooperate with TCs. These exceptions often occur for political reasons, where a high-profile person is already aware that what they have done is widely known, or because they wish to exploit what they have done for political reasons.

However, perpetrators fear the legal consequences of appearing before TCs without some sort of legal cover. They often seek legal assurances that the information they provide will not be used against them at a later stage in either criminal or civil cases. Thus, for perpetrators to participate they need to receive some incentive to encourage them to explain what they did and what the circumstances were. Indeed, the more incentives the perpetrators receive, the more information will be provided for truth recovery. Perpetrators would be more inclined to tell the truth when they are feeling less threatened by the prospect of being prosecuted. As Bisset notes:

If perpetrators suspect that there is a possibility that amnesty will be refused and that their disclosures might then be used to further investigations or employed against them in subsequent trials they will be less likely to participate, thereby limiting the prospects for reconciliation.³¹

Realising the problems that perpetrators are reluctant to appear voluntarily before truth collection institutions, some processes have found ways to ensure that perpetrators do testify. They do this because they realise that if a primary objective is to create an authoritative record of the past and to provide some type of accountability for perpetrators³², then getting perpetrator cooperation is necessary even if it is only to some degree. Amnesties can thus be a tool to provide the truth about events and violations committed. Finding the truth about what happened helps to reconcile a society divided by its history.³³ It establishes an ideal basis for

30 See issues concerning victim testimony, Moon, C *Narrating Political Reconciliation: South Africa's Truth and Reconciliation Commission*. (Lanham, U.K.; Lexington Books, 2008).

31 Alison Bisset, “The Privilege Against Self-Incrimination in Truth Commission-Administered Accountability Initiatives.” *Leiden Journal of International Law* 30.1 (2017): 173.

32 Margaret Popkin, *Truth without Justice*, (University Park, PA: Pennsylvania State Press, 2000) 80.

33 Janine N. Clarke, “Transitional Justice, Truth and Reconciliation: An Under-Explored Relationship” *International Criminal Law*

29 Cyanne E. Loyle and Christian Davenport “Transitional Injustice: Subverting Justice in Transition and Postconflict Societies”, *Journal of Human Rights*, 15(1), (2015): 126-149.

building a democratic state and for achieving a united society.³⁴

For this reason, some TCs are given, and employ powers of subpoena, or search and seizure powers in order to get perpetrators to appear and testify or to find information.³⁵ Some processes, such as that which occurred in Sierra Leone, have used these powers to coerce perpetrators to appear before the TC, by threatening to use such powers. Some processes allow potential witnesses to feel more protected by guaranteeing that information obtained cannot not be used in later legal proceedings against the perpetrator. Some institutions, like the TC in Liberia, have published the names of those believed to have committed crimes³⁶ during the process in order to try and herd such people into the processes on the basis that, formally or informally, they will be rewarded for their cooperation by assurances of non-prosecution.³⁷ Still other processes have collected information from perpetrators through vetting or lustration processes. These processes ensure that perpetrators, in order to keep their jobs or to obtain new ones, have to provide information about what they have done on pain of perjury and against investigations that check the veracity of their information.

In order to achieve a successful conditional amnesty the process must ensure that the perpetrators apply for that amnesty. Therefore, a conditional amnesty must have two essential components to be successful. Firstly, the process has to ensure the perpetrators decide to participate, while on the other hand, it has to ensure that the participation of these actors serves to clarify the whole truth. Regarding the first part, the applicants have to believe that the amnesty is necessary to them. If this were not the case, what would be the reason to

participate in such processes of conditional amnesty?

To make a conditional amnesty viable, it must begin by dealing some of the crimes committed by the perpetrators from the outset, or at least indicate its commitment to prosecute those who do not enter the amnesty process. Thus, a unit ought to be established and public pronouncements ought to be clear that prosecutions will occur for those who do not apply. By doing so, the perpetrators will see that availing themselves of an amnesty will benefit them and that not doing so will have ramifications. It demonstrates not only the state's ability to prosecute crimes and abuses, but also a clear political will to do so.

The second essential component of a viable amnesty is to ensure that the perpetrators involved in the process tell the truth about everything that happened. Thus, there must be mechanisms to ensure that the real truth is told and machineries of revocation of amnesty and perjury processes should be established. As far as revocation is concerned, if it were discovered that there was no proper cooperation or that the perpetrator did not reveal the truth, it should be possible to revoke the request for amnesty. In addition, there needs to be a clause dealing with perjury to avoid lies during the process. Such cases should even end with imprisonments and other penalties to dissuade those who might otherwise not use the process fairly.

The probability that a conditional amnesty will be viable increases if done within a simple framework that ensures the participation of perpetrators. Thus, following a pragmatic approach, it would help the perpetrators if they were to meet simplified requirements. The eligibility criteria for amnesty should be simple and easy to understand. The purpose of establishing easy criteria is to facilitate the participation of the perpetrators. However, it is also necessary to establish a unit of investigation that is dedicated to prosecuting the crimes and abuses committed by those who did not want to request amnesty. Therefore, criminal investigation of responsible actors should not be left out of the political process, and should go hand in hand with the amnesty process.

To make the amnesty viable, the perpetrators must see the need to apply for it. This should be done through some independent institution like a truth commission. It can be done though another process as long as the process is credible and trustworthy. While there

Review, 11 (2011):241.

34 Grace Fiddler, "Using A Conditional Amnesty And Truth And Reconciliation Commission As A Transitional Justice Mechanism In Syria" *The George Washington Institute of International Law Review* 47 (2015): 893, 917.

35 On the protections that ought to be available see Bisset, A "Principle 9: Guarantees for Persons Implicated" in *The United Nations Principles to Combat Impunity a Commentary*, eds. Haldemann and Unger, (2017) OUP.

36 On the shaming effect see Mendeloff, D. "Truth-Seeking, Truth-Telling, and Postconflict Peacebuilding: Curb the Enthusiasm?" *International Studies Review*, 6(3), (2004): 361.

37 Jeremy Sarkin and Tetvi Davi, "The Togolese Truth, Justice and Reconciliation Commission: Lessons for Transitional Justice Processes Elsewhere." *Peace and Conflict Studies Journal* 24(1), (2017): 1-27.

are some who suggest that perpetrators might surrender without any amnesty condition and there are cases of perpetrators who have come forward, the reality is that very few perpetrators do so without the necessary incentives. The issue of perpetrator motivations is an understudied issue, but often their reasons for coming forward is personal. However, there may be institutional reasons for them to do so.

3. THE ROLE OF THE SOUTH AFRICAN TC IN GRANTING AMNESTY

This section examines the South African TC process as a comparative tool, as it is the only TC that has had the power to grant full amnesty. The power to grant amnesty was given to the TC³⁸ as a result of a compromise between the conflicting parties during negotiations. An agreement was struck to allow an amnesty to occur that would allow the country to move to non-racial elections and democratic transformation.³⁹ As assurances were sought that amnesty would occur, it was incorporated into the interim Constitution that was legislated in 1993 by the Apartheid regime. The interim Constitution entered into force when the democratic elections were held in April 1994. The next step in terms of dealing with the past was the establishment of the TC. Such a process was deemed the best way to deal with past human rights violations. After much parliamentary and public debate, the TC and amnesty process was established.⁴⁰ It was perceived that the most legitimate, and best way, to obtain as much truth about the past as possible, was to link the truth-gathering exercise to the amnesty process. Thus, truth would be traded for amnesty and one of the goals of the TC was to facilitate “the granting of amnesty to persons who make full disclosure of all the relevant facts relating to acts associated with a political objective and comply with the requirement of this Act.” The TC Act⁴¹ provided that:

38 South Africa, Promotion of National Unity and Reconciliation Act 1995.

39 Jeremy Sarkin, “Understanding the Journey to Reconciliation in Transitional Societies: Using the Metaphor of a Motor Vehicle Road Trip to Understand South Africa’s Path (Process) to Political Reconciliation” *International Journal of Renaissance Studies* 10(2), (2015):109.

40 Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34 of 1995.

41 Act 200 of 1993.

amnesty shall be granted in respect of acts, omissions and offences associated with political objectives and committed in the course of conflicts of the past. To this end Parliament under the constitution shall adopt a law determining a firm cut-off date, which shall be a date after 8 October 1990, and before 6 December 1993, and providing mechanisms, criteria and procedures, including tribunals, if any, through which such amnesty shall be dealt with at any time after the law has been passed.

The TC legislation provided for three committees including an amnesty committee. As will be discussed later in the article, one of the reasons why people who seek amnesty enter such a process is because there is some degree of certainty that amnesty will be granted. Perpetrators are not usually willing to navigate a process where there is a great deal of doubt about whether amnesty will be granted. In this regard, the Amnesty Committee was somewhat insulated from the rest of the TC. People who, as a rule, inspired confidence were chosen to be on that committee as they were initially judges while others were seen to from the same political milieu as those from the security forces. Thus, those who may have had political issues with the TC Commissioners probably found solace in the fact that it was judges who were to make amnesty decisions.

The number of amnesty applicants in the South African process was far higher than that of any other amnesty processes where a TC was involved. This is not to argue that all or even most perpetrators applied. While 7,116 individuals applied for amnesty, of which 1,167 were granted, how many should have applied is unknown, but if there were to be an examination of the extent of violations committed during the Apartheid era, it is expected that there ought to have been more applicants.⁴² Crucially, the number of 7,116 applicants is not an accurate number as about 4,500 of them were not seen to be real applicants, but people in prison at the time who tried to use the process to get released, but had not actually committed politically related offences.⁴³ Irrespective of this, the issue of whether a reasonable proportion of those who committed violations applied for amnesty is linked to the question about whether potential applicants believed they needed amnesty. The

42 Rajeev Bhargava, *Restoring Decency to Barbaric Societies* in “Truth versus justice: the morality of truth commissions” Eds. Robert I. Rotberg & Dennis Thompson (Princeton University Press 2000, USA): 45, 65 fn 35.

43 Volume Six Section 1 Chapter 2 paragraph 74.

number of applicants was affected by the fact that shortly before the cut off point for amnesty applications, the biggest trial for politically related crimes, known as the Malan trial,⁴⁴ ended in the acquittal of all of the 23 accused. The defendants in that trial included a former minister of defence, other senior politicians and security force individuals, as well as a range of hit squad operatives. The message that the acquittals sent was that even if the state had the political will to prosecute, it did not have the capacity or the resources to effect successful prosecutions.

The lack of political will by the state to prosecute was seen in the fact that the prosecuting authority at that time had already shown reluctance to investigate and bring such cases to court because of their fears about what prosecuting some perpetrators might mean for the ruling party. For the amnesty process to be successful both the carrot and stick had to work: in other words there needs to be an inducement to get amnesty but there has to be a stick to indicate that amnesty is needed and that those who do not get amnesty will be successfully prosecuted. In other words, the carrot of amnesty is dependent on the stick of prosecutions. The two are inter-related and cannot operate without each other. Therefore, in the South African context the amnesty process was reliant on its counterpart: the criminal justice system. For the amnesty to work, the criminal justice system had to apply pressure on those who potentially needed amnesty. However, through words and deeds the impression given by the prosecutors was that the justice system would not deliver on such cases. Even the bringing to court of the Malan trial was an aberration. That trial was only prosecuted as a result of an independent task team, and the role of independent lawyers tasked to investigate and prosecute such cases. In any case, many obstacles were placed in their way that ensured no other cases were brought despite the lawyers and investigators wishing to do so. The prosecuting authority itself did not investigate many cases and this reluctance was seen as a sign by perpetrators that amnesty might not be needed by many of them. As a result, at least some prospective amnesty candidates did not enter the process. However, some applicants, at least from the security forces, entered into the process because they had some degree of belief in

the system. They were gratified that the system was not theoretically dependent on decisions of partisan TC commissioners. Those that did enter into the process, from the Apartheid regime side, had greater trust in the amnesty system, as it was to be administered mainly by judges who were independently appointed as judges. In fact, there was a great deal of trust in the judiciary by the white community, who believed that judges were of high standing and could be trusted to apply the law impartially. At that time almost all judges were white men who came from the same milieu as the applicants from the security forces. Judges were for the most part from the same social group as the apartheid instigators. In addition, those who applied for amnesty probably also believed that these judges would apply strict legal criteria that would permit no political decision-making. Some, however, in spite of this, believed that they did not need amnesty and were willing to take their chances that they would not need amnesty.

On the question of how much truth was achieved through the amnesty process it seems as though more truth, that would not otherwise have done so, emerged. However, it seems as though some applicants colluded with each other in order to conceal what they knew. The lead investigator in one of the cases has noted that the applicants:

presented a well-oiled account of events that carefully interlocked and reinforced each other's versions in many aspects. Some sections of their written applications even used identical script and turns of phrase, leaving the impression that they could have been contrived and selective on detail.⁴⁵

These kinds of problems could have been avoided to some degree by an adequate investigation process. Deficiencies in investigations because of a lack of staff, resources as well as other difficulties did not allow for sufficient investigations to determine the veracity of what applicants testified to. The limited role of victims during the amnesty process also affected the ability of applicants to be less than truthful as the credibility of their versions of what occurred was not always tested or tested adequately. Victims were not usually informed about what candidates had stated in their applications. Many victims failed to get to amnesty hearings either because they were not informed about them, or not in-

44 Howard Varney and Jeremy Sarkin, "Failing to pierce the hit squad veil: A critique of the Malan Trial", 10 *South African Journal of Criminal Justice*, 141, (1997).

45 Piers Pigou, "Degrees Of Truth: Amnesty And Limitations In The Truth Recovery Project" in *The Provocations of Amnesty: Memory, Justice and Impunity*, Eds. Villa-Vicencio, Charles; and Doxtader, Erik (Cape Town, 2003).

formed with time enough to allow them to put forward alternative versions of what was being said.⁴⁶ An adequate investigation process and methods that ensured a better role for victims (situations that should have been in place anyway) would have been a way to provide a further check on the testimony of applicants. Obviously, this will not always be the case but is dependent on what violation was committed and whether there are victims with direct knowledge of what occurred.

Overall, it can be concluded that there were positive and negative aspects of the SA TC's amnesty process. Certainly, giving the TC the power to directly grant amnesty, with that power being exercised by professional judges appointed through the usual judicial appointment processes, seems to have had a positive effect on the process. The negative aspects of the process were the parallel lack of commitment by the state to investigate cases at the time. This indicates a true commitment to prosecute those who did not apply or who were refused amnesty. The amnesty law and how it worked was also problematic. The process was too complicated, too cumbersome and too slow.

A lesson from the South African process is that the number of people applying for amnesty is dependent on a number of factors, which include how the amnesty process is established, what the law is, what the criteria are, and whether the process engenders trust. These components are all important in influencing the decision by the perpetrator as to whether or not they will enter the process. Crucially, it is not only the law and the institution granting amnesty that are the determinants about whether potential applicants decide to apply. Perpetrators also evaluate whether they need amnesty or not. If they believe that there will not be prosecutions, or that these prosecutions will be unsuccessful, then they are less likely to apply. Thus, there needs to be a rigorous, independent investigation and prosecuting process to indicate capacity and willingness to prosecute those who do not enter the amnesty process.

Another lesson from the South African process for future conditional amnesty processes, whether administered by TCs or not, which will limit the possibility of applicants not telling the full truth, is that there needs

to be a provision that amnesty can be withdrawn if it is later found that full disclosure had not occurred. There must however be a provision about what process should occur after the TC is no longer in existence. Thus, it is essential that there is an institution that can make such a determination later. This could be a court or the prosecuting authority that is given such jurisdiction. Thus, an on-going mechanism to take up such matters would act somewhat as a bulwark against perpetrators being loose with the truth.

A useful provision in the South African law allowed perpetrators to be summoned to appear at a hearing under subpoena where they had to reveal the truth under pain of prosecution. These powers, as well as search and seizure provisions, which the SA TRC hardly used, are useful mechanisms that drafters of other TC laws could consider.

The final issue to note as far as the impact of the South African process is concerned is that the South African model:

helped turn truth commissions into a widely recognised solution for dealing with the past. Truth commissions therefore emerged as a standard tool to master political transition processes successfully.⁴⁷

However its amnesty process has not been replicated anywhere else. What has occurred is that the South African legislation has been copied elsewhere to some degree, but not exactly. For example, the Kenyan TJRC's provisions replicated the SA TC provisions, in places, word for word. However, the Kenyan TJRC, as is discussed later, did not use these provisions as it saw its power to recommend amnesty as being too limited to draw perpetrators in. Other countries have used TCs in amnesty processes, although none have given the power to a TC to grant amnesty, but simply to recommend. The SA TC amnesty model has not been used elsewhere because of the problems in the process. South Africa's amnesty process has been tainted by the fact that almost no prosecutions have occurred in the wake of the process.⁴⁸ This is because the system of giving amnesty was sold to victims and to the country as a whole, many

46 Jeremy Sarkin, "An Evaluation of the South African Amnesty Process" in *Truth and Reconciliation: Did the TC Deliver*. Eds. Chapman, Audrey and Van der Merwe, Hugo (University of Pennsylvania Press, Philadelphia 2008): 93-115.

47 A.K. Krueger, *The Global Diffusion of Truth Commissions: An Integrative Approach to Diffusion as a Process of Collective Learning*, 45 *Theory and Society* 143-168 (2016) 155.

48 Jeremy Sarkin, "Dealing With Enforced Disappearances in South Africa (With a Focus on the Nokuthula Simelane case) and Around the World: The Need to Ensure Progress on the Rights to Truth, Justice and Reparations" *Speculum Juris* 1, (2015).

of whom were not happy that amnesty were to be given, on the basis that prosecutions would occur after the process for those who did not apply or who were refused amnesty. The fact that prosecutions did not occur went against the pact that those who did not own up and give information would face the law. The fact that this did not occur has substantially undermined the South African amnesty process. It was also undermined by perceptions about how much new truth was obtained. Offenders were able to avoid giving the real truth, or avoid giving the full truth, because there was little in the way of a verification process.

4. TRUTH COMMISSIONS WITH THE POWER TO RECOMMEND AMNESTY

The next section examines the TCs that have had the power to only recommend amnesty to the state, or to a specific arm of the state, such as attorney generals or others. The distinction between the ability of an institution to grant an amnesty versus the capability of simply making a recommendation is crucial. Generally, the authority to grant an amnesty or pardon is a power that states are unwilling to devolve to an institution that cannot be controlled politically. Thus, there is a tension between creating a TC that is independent, and then trusting that institution with the power to grant amnesty. For this reason, there has been reluctance by governments to give to TCs, besides the South African TC, the power to directly give amnesty to perpetrators. Part of the problem is that the model of giving this power to TCs is somewhat tainted by the South African process. Since the South African TC amnesty process there have been a number of TCs that have only been given the authority to recommend amnesty. The next parts of this article evaluate how those models have worked in practice to determine what lessons can be ascertained.

4.1. Grenada

The first TC model considered with the power to recommend amnesty occurred in Grenada in 2001. The Grenadian TC was given the authority “[t]o recommend indemnity to various persons who give what is consid-

ered to be truthful evidence at the enquiry.”⁴⁹ The TC⁵⁰ deemed this to mean that witnesses could be “favourably considered for the grant of amnesty or exemption from prosecution.”⁵¹ It was however insufficient to tempt perpetrators into testifying about what crimes they had committed. The TC recognized that the inability to directly provide some type of immunity or amnesty was an obstacle to its effective functioning and in being able to elicit more truth. The TC in its final report thus noted:

It is the belief and understanding of the Commission that there are persons who might have made themselves available to appear before it and testify if they could have been given assurance of protection against prosecution; and that there were persons who appeared before the Commission and did give evidence, but were inhibited from speaking ‘the truth, the whole truth and nothing but the truth’ for fear of playing into the hands of the prosecuting authorities.⁵²

Thus, it seems that the fact that uncertainty existed as to whether a person would be granted some type of legal protection undermined their willingness to enter the process. The fact that a perpetrator first had to give information and only later be considered for some type of indemnity by the state seemed to have been too indeterminate, and risky for potential applicants.

4.2. Timor-Leste

The second example considered here of a TC recommending amnesty, although again the process was to recommend immunity, was the Commission for Reception, Truth and Reconciliation (CAVR) TC process established in 2001 in Timor-Leste.⁵³ It must be noted

49 Grenada “Terms of Reference of the Truth and Reconciliation Commission”, in Truth and Reconciliation Commission, *Report on certain political events which occurred in Grenada 1976-1991, 28 March 2006*.

50 See further Geoff Dancy, Hunjoon Kim and Eric Wiebelhaus-Brahm, “The Turn to Truth: Trends in Truth Commission Experimentation” *Journal of Human Rights*, 9(1) (2010): 45-64.

51 Grenada “Terms of Reference of the Truth and Reconciliation Commission”, in Truth and Reconciliation Commission, *Report on certain political events which occurred in Grenada 1976-1991, 28 March 2006*. Volume 1 Part 7.

52 Grenada “Terms of Reference of the Truth and Reconciliation Commission”, in Truth and Reconciliation Commission, *Report on certain political events which occurred in Grenada 1976-1991, 28 March 2006*. Volume 1 Part 7.

53 Jeremy Sarkin, “Achieving Reconciliation in Divided Societies: Comparing the Approaches in Timor-Leste, South Africa and Rwanda” *Yale Journal of International Affairs* 3(2); (2008): 11- 28.

that there have been two TCs focused on Timor-Leste this one established by the UN Transitional Administration in East Timor (UNTAET)⁵⁴ and the Commission on Truth and Friendship (CTF) which was a joint TC established by Timor-Leste and Indonesia after the CAVR. The CTF amnesty process is considered below.

The CAVR process in Timor-Leste was mandated to: “inquire into human rights violations committed on all sides, between April 1974 and October 1999, and facilitate community reconciliation with justice for those who committed less serious offenses.” It provides, however, another example of perpetrators not coming forward without being given a priori immunity or amnesty for their stated actions. A critical issue is that many of the main perpetrators were not in the country but had fled to and were protected by Indonesia.

By January 2004 the CAVR had taken 7,000 testimonies, none of which, however, came from perpetrators.⁵⁵ Part of the reason for this was that the CAVR was not permitted to recommend or grant amnesty. However it had a Community Reconciliation Process (CRP)⁵⁶ that sought to obtain the truth about what had occurred and achieve reconciliation, as well as to ensure the reintegration of perpetrators back into their communities.⁵⁷ It was meant to be “a cheaper, faster, less complicated process.”⁵⁸ The process was established to permit a person who went through this process successfully to be granted immunity from all civil or criminal liability.⁵⁹ The regulations initially provided that the Commission could not bring people that had committed “serious” offences into the CRP process. Crimes were defined as

serious depending on their nature, how many had been committed and the specific role of the perpetrator.⁶⁰ The regulations were later amended, because of problems relating to the functioning of the Office of the General Prosecutor (OGP) and the debate around who should enter the CRP. The wording was changed so that “in principle” serious crimes could not fall within the mandate of the CRP process. Thus, exceptions were permitted and some people who committed serious crimes were allowed to apply.

To gain immunity, the person had to voluntarily submit a written declaration setting out in full detail what they had done, and how they were linked to the political conflict.⁶¹ The deponent then had to provide an oral version of the deeds for which reconciliation was sought. The person had to admit responsibility and conduct an “Act of Reconciliation” to get such immunity.⁶² However, before this could occur the OGP had to deliberate on the case and approve it for CRP, rather than prosecution. After the hearing, if there was concord on the application by all the various role-players, a Reconciliation Agreement was drafted. After it was agreed to by a court of law it become a Court Order and was therefore binding.

Interestingly, the Commission sent all 1,541 CRP statements that it received to the OGP, of which 85 cases were refused by the GP.⁶³ Each of the 85 cases that were refused by the GP involved low-level perpetrators who provided detailed statements to the CAVR without any legal advice and without legal protection.⁶⁴ There was no mechanism whereby if they were not integrated via the CRP, that the information they provided would not be used against them in the eventuality of a prosecution.⁶⁵ These individuals seemingly believed that

54 Patrick Burgess, “Justice and Reconciliation in East Timor: The Relationship Between the Commission for Reception, Truth and Reconciliation and the Courts” *Criminal Law Forum* 15; (2004): 135-138.

55 Natalie Pierce, “Picking Up The Pieces: Truth and Justice in Sierra Leone”, *New Zealand Journal of Public and International Law* 6(2), (2008) 117-156.

56 Pdraig McAuliffe, “East Timor’s Community Reconciliation Process as a model for legal pluralism in criminal justice” *Law, Social Justice and Global Development*, 2, 12 (2008).

57 Commission for Reception, Truth and Reconciliation in East Timor “Chegal! The Final Report of the Commission for Reception, Truth and Reconciliation in East Timor” (2005) in <http://www.etan.org/news/2006/cavr.htm>

58 Patrick Burgess, “East Timor’s Community Reconciliation Process”, in *Transitional Justice in the Twenty-First Century: Beyond Truth versus Justice*, Eds. Naomi Roht-Arriaza and Javier Mariezcurrena, (2006): 176-205, 184.

59 Chegal, Report of the Commission for Reception, Truth and Reconciliation for East Timor, (2006).

60 Natalie Pierce, “Picking Up The Pieces: Truth and Justice in Sierra Leone”, *New Zealand Journal of Public and International Law* 6(2), (2008) 117-156, 147.

61 Pdraig McAuliffe, *East Timor’s Community Reconciliation Process as a model for legal pluralism in criminal justice*, 9.

62 Spencer Zifcak, “Restorative Justice in East Timor: An Evaluation of the Community Reconciliation Process of the CAVR” *Asia Foundation*, 2004.

63 Commission for Reception, Truth and Reconciliation in East Timor “Chegal! The Final Report of the Commission for Reception, Truth and Reconciliation in East Timor” (2005)

64 Patrick Burgess, “East Timor’s Community Reconciliation Process”, in *Transitional Justice in the Twenty-First Century: Beyond Truth versus Justice*, Eds. Naomi Roht-Arriaza and Javier Mariezcurrena, (2006): 176-205, 195-196.

65 Alison Bisset, “The Privilege Against Self-Incrimination in Truth Commission-Administered Accountability Initiatives.” *Leiden*

they did not need such protection, as they would not be prosecuted because they had entered the reintegration process. It was only the fact that there was a large caseload that saw those cases not being taken up by the prosecutors.⁶⁶ However, there is an anomalous situation, as discussed below, that these people were given no protection against self-incrimination, which was the case for those persons who were subpoenaed to appear before the CAVR.⁶⁷

Hearings were held for the applicants in 1,371 cases. Again, no protection was provided to insulate them from what they testified to at the hearings. It seems that all those who testified believed that they would be getting amnesty. However, during the proceedings 32 cases were interrupted because, according to the Chega Report, credible information was received that the applicant may have committed a “serious criminal offence,” or because the community would not go along with the request for immunity.⁶⁸ Overall, nearly 90 percent of all cases ended up with immunity. The remaining 10 percent (170 cases) did not end with a positive granting of immunity because the applicant did not appear at their hearing, problems were raised at the hearing, or because the GP did not agree to the case continuing through this process.⁶⁹

As far as the outcome of the process as a whole is concerned both McAuliffe and Burgess argue that the CRP was very successful.⁷⁰ Pigou found that “there is a widespread feeling that the CRPs have definitely contributed to building social cohesion and relieving tensions in many places.”⁷¹ However, Burgess makes it clear that it is difficult to draw lessons from the CRP because it was designed and operated in the local context.⁷² Regardless, a 90 percent success rate for those who entered the process is very high. It is, however necessary to understand the reasons for this. It must be recognised that the bulk

of the architects of the violence, and many of the high level, and even some at the lower level, perpetrators were not in the country. They were in Indonesia and as a result, most of the people who applied were people who were involved in the violence, but not at leadership levels. Also Timor-Leste is small and most of the actors involved in the violence were known. The perpetrators continued to live amongst their victims. This makes it easier to understand the high rate of community reconciliation efforts as well as the willingness to reintegrate many of these people. They were part of the community, and there were no specific divisions or schisms between them and their communities. However, it must be noted that there were “in excess of 3,000 perpetrators” in Timor-Leste, who did not enter the process. This was largely because they did not know about the CRP, did not understand it, and by the time they found out about it the time for applications had passed.⁷³ A lesson, therefore, is that education around such processes and their benefits enhances participation.

Still, the relatively high numbers of applications, 1,371 persons - compared to other processes where TCs had powers only to recommend amnesty - must be understood in the context of what else was happening in Timor-Leste at the time. As noted earlier, people apply for amnesty if they believe they need it. They do so because they believe that it is likely that they could be prosecuted otherwise. This was the case in Timor-Leste, as the Special Panels of the Dili District Court had already been established in 2000 by UNTAET to prosecute such offences.⁷⁴

The fact that Timor-Leste was being administered by the UN and the Security Council had already adopted, in 1999, Resolution 1272 which ordered that “those responsible for such violence be brought to justice”⁷⁵, was a clear sign to perpetrators that the political will to prosecute offenders existed. This view was cemented when the special Panels were created. This hybrid court process was already handing down verdicts in December 2001.

A critical issue in this process, similar to the one in Sierra-Leone, was the timing and sequencing of the

Journal of International Law 30(1) (2017): 155-176, 160.

66 Chegal, Part 9, para. 169.

67 Alison Bisset, “The Privilege Against Self-Incrimination in Truth Commission-Administered Accountability Initiatives.” *Leiden Journal of International Law* 30.1 (2017): 160.

68 Chega Part 9, para.102.

69 Chega Part 9, para.102.

70 McAuliffe, *East Timor’s Community Reconciliation Process as a model for legal pluralism in criminal justice* and Burgess, *East Timor’s Community Reconciliation Process*, 176.

71 Piers Pigou, “The Community Reconciliation Process of the Commission for Reception, Truth and Reconciliation”, UN Development Programme, (2004): 84.

72 Burgess, 176.

73 Burgess, 196

74 Suzanne Katzenstein, “Hybrid Tribunals: Searching for Justice in East Timor”, *Harvard Human Rights Journal*, 16. (2003):245-278.

75 Taina Jaervinen, “Human Rights and Post-Conflict Transitional Justice in East Timor”, UPI Working Papers 47, *Finnish Institute of International Affairs*, (2004): 51.

process. In Timor-Leste, the timing was important as the CAVR began its work formally in July 2001 and ended its work on December 20, 2005.⁷⁶ When the CAVR began its work, prosecutions before the courts were already in full swing, so at least some perpetrators knew that prosecutions were occurring and that they could be put on trial. This knowledge is cemented by the fact that by the end of 2003, 367 people had already been charged with crimes, 84 percent of them being indicted for crimes against humanity. By then, there were already 38 convictions (all East-Timorese), for crimes against humanity and other serious crimes.⁷⁷ These prosecutions, and the types of charges levelled, gave perpetrators, who lived in Timor-Leste the sense that they needed amnesty. For those who knew about the CRP and understood what it was about they were more likely to apply for amnesty. However, there was uncertainty about the process and a cultural belief about the shame associated with admitting to involvement in such crimes. It took a concerted outreach campaign to get people into the process.⁷⁸ However, the outreach campaign was not as useful as it could have been as, by the end of the process there were still many people who had not heard of it or did not understand it if they had been made aware of its existence.⁷⁹

In many ways, this process was a conditional amnesty. People got immunity/amnesty in exchange for truth and reconciliation. It has been noted that this process provided much truth which otherwise would not have been known⁸⁰ and that it also provided “symbolic closure.”⁸¹

It must be noted that then Prime Minister Xanana

Gusmão proposed an amnesty law in 2001. After he became President of the country such a law was drafted and presented to the Parliament.⁸² However, it was not adopted.

As far as powers to get information from perpetrators were concerned, the CAVR had both search and seizure,⁸³ and subpoena powers. As far as subpoena powers are concerned, the law entitled the CAVR to compel individuals to appear and had to answer, under oath, questions that were put to them.⁸⁴ They were protected in the sense that there could be no compulsion to give evidence that was self-incriminating or would implicate a close relative.⁸⁵

Thus, the CAVR process and its outcomes must be seen to be very context specific. However, much can be learnt from these processes, which can then be implemented into processes that may be established in the future. All circumstances and their potential effects need to be considered when a process is started. However, linking processes of amnesty to reconciliation seems to have been somewhat successful.

4.3. Indonesia–Timor-Leste Commission on Truth and Friendship (CTF)

The third example of a TC’s involvement with amnesty is that of the Indonesia–Timor-Leste Commission on Truth and Friendship (CTF) established in 2005. The CTF was jointly established by Timor-Leste and Indonesia to deal with crimes committed in Timor-Leste around Timor-Leste’s independence.

The CTF Commission was given the authority to ‘recommend amnesty for those involved in human rights violations who cooperate fully in revealing the truth’.⁸⁶ The terms of reference given to the CTF provided that amnesty would be given to those: involved in human rights violations if they fully cooperated in establishing the truth. The CTF in its report noted that amnesty would only have been recommended if considerable assistance was provided to the CTF in finding the truth and if the person appeared before the Commission and

76 Patrick Burgess and Galuh Wandita, “Reaching Out to Victims and Communities: The CAVR’s Experiences in Timor-Leste,” in *Transitional Justice, Culture, and Society: Beyond Outreach*, Ed. Ramirez-Barat (Colombia University Press, 2014): 143.

77 Taina Jaervinen, “Human Rights and Post-Conflict Transitional Justice in East Timor”, UPI Working Papers 47, Finnish Institute of International Affairs, (2004): 51.

78 Patrick Burgess and Galuh Wandita, “Reaching Out to Victims and Communities: The CAVR’s Experiences in Timor-Leste,” in *Transitional Justice, Culture, and Society: Beyond Outreach*, Ed. Ramirez-Barat (Colombia University Press, 2014):156.

79 Patrick Burgess and Galuh Wandita, “Reaching Out to Victims and Communities: The CAVR’s Experiences in Timor-Leste,” in *Transitional Justice, Culture, and Society: Beyond Outreach*, Ed. Ramirez-Barat (Colombia University Press, 2014). 143.

80 Piers Pigou, *The Community Reconciliation Process of the Commission for Reception, Truth and Reconciliation*.

81 Padraig McAuliffe, *East Timor’s Community Reconciliation Process as a model for legal pluralism in criminal justice*, 10.

82 Taina Jaervinen, “Human Rights and Post-Conflict Transitional Justice in East Timor”, UPI Working Papers 47, Finnish Institute of International Affairs, (2004): 64.

83 Section 15.

84 UNTAET Regulation No. 2001/10 s. 14.1(c).

85 Section 17.

86 UNTAET Regulation No. 2001/10 S. 14, ss c, i-iv.

admitted their role and responsibility in the incidents.⁸⁷ However, no person was given amnesty.⁸⁸ The CTF Report, “Per Memoriam ad Spem”, notes that the Commission did not recommend “amnesty or rehabilitation for any persons.”⁸⁹ This is because perpetrators largely ignored the process and did not participate. Even closed hearings, and the fact that hearings took place in Indonesia did not sufficiently tempt perpetrators to come forward. Relatively few people participated in process in general. The CTF report notes that the Commission was able to collect statements and interviews from 108 out of a total number of 280 individuals it had identified as potential witnesses,⁹⁰ composed of victims, witnesses and perpetrators. However, only 62 people gave testimony to the CTF. The list of names published in the Report, shows that the 62 people who testified were collectively victims, witnesses and perpetrators. Very few of the 62 were perpetrators, even though some of the hearings were held in Indonesia, and many were closed to the public. In fact, closed hearings were held five times in Indonesia and three times in Timor-Leste. Even closed hearings, and the fact that hearings took place in Indonesia did not sufficiently tempt perpetrators to come forward.

The Commission notes in its Report that no amnesties were recommended. The CTF found that no perpetrators met the standard that the commission had set for recommending a person for amnesty: attending a public hearing, telling the complete truth and providing full cooperation.⁹¹ Thus, it seems as though cooperation with the commission by perpetrators did not occur. This is probably the case, as perpetrators might have believed that they had no reason to cooperate. They were probably of the view that there were unlikely to be prosecutions, particularly in Indonesia where the bulk of perpetrators originated. There is also the chance that they did not cooperate because no amnesty was assured. They undoubtedly saw that amnesty was not guaranteed, as the commission had no power to grant amnesty, but was simply empowered to make recommendations

about the granting of amnesty. Perpetrators must have calculated that they had a lot to lose by coming forward, and very little, if anything, to gain from participating in the CTF process.

4.4. Liberia

The fourth TC amnesty-recommending model considered is that which occurred in Liberia from 2005.⁹² In Liberia⁹³ the law establishing the Truth and Reconciliation Commission,⁹⁴ provided that the TC could recommend:

amnesty under terms and conditions established by the TC upon application of individual persons making full disclosures of their wrongs and thereby expressing remorse for their acts and/or omissions, whether as an accomplice or a perpetrator, provided that amnesty or exoneration shall not apply to violations of international law ad crimes against humanity in conformity with international laws and standards.

It was widely believed in the country that this model was adapted from the South African process. However these provisions are very different from the South African version as it only allowed recommendations to be made concerning amnesty.⁹⁵ The Liberian version also limited the crimes available for amnesty to those that are not considered serious international crimes.⁹⁶ This was not the case in South Africa where any crime was available to be amnestied. The Liberian TC’s Rules of Procedure stated that:

Every witness seeking immunity from prosecution or tort actions on account of statements made or evidence given before the Commission pursuant to Article VII, Section 30 of the TC Act, shall make a formal application for such immunity and give reasons for such a request in order to enable the

87 Cited by Renée Jeffery in “Trading amnesty for impunity in Timor-Leste” *Conflict, Security & Development* 16 (1) (2016):199.

88 Jefferey, *Trading amnesty for impunity in Timor-Leste* 199.

89 Commission on Truth and Friendship Per Memoriam Ad Spem (“Through Memory to Hope”), xviii

90 Commission on Truth and Friendship Per Memoriam Ad Spem (“Through Memory to Hope”), 28.

91 Commission on Truth and Friendship Per Memoriam Ad Spem (“Through Memory to Hope”), 296.

92 On the development of the TJ model in Liberia see Hayner, Priscilla B., and Centre for Humanitarian Dialogue. “Negotiating peace in Liberia: preserving the possibility for justice”. Geneva: HD Centre for Humanitarian Dialogue, 2007.

93 Ezekiel Pajibo, “Civil Society and Transitional Justice in Liberia: A Practitioner’s Reflection from the Field.” *International Journal of Transitional Justice* 2(1) (2007): 287-296.

94 Liberia, An Act to Establish the Truth and Reconciliation Commission (TC) of Liberia, 10 June 2005.

95 Ozonnia Ojelo, “Critical lessons in post-conflict security in Africa: the case of Liberia’s Truth and Reconciliation Commission” *Institute for Justice and Reconciliation*, 2010.

96 Rosalia De la Cruz Gitau, “God willing, I will be back’: Gauging the Truth and Reconciliation Commission’s capacity to deter economic crimes in Liberia”, *African Security Review*, 17(4) (2008): 64-78.

Commission to make a decision on whether or not to grant the immunity requested.⁹⁷

To persuade people to come before the TC, the institution published the names of 198 persons it believed, from testimonies the institution had already received, were responsible for committing various violations.⁹⁸ It named another 139 people as “persons of interest”.⁹⁹ In its final report, it named 182 people that it was recommending for prosecution. The commission did recommend a general amnesty to be given to children who had committed offenses, and that amnesty be made available for non-serious crimes to promote national healing and reconciliation if people admitted what they had done and expressed repentance.¹⁰⁰

As far as providing amnesty to specific people is concerned, the Liberia TC recommended that: “all individuals who admitted their wrongs and spoke truthfully before or to the TC as an expression of remorse will not be recommended for prosecution.” It named 38 people it recommended to receive amnesty out of a total of 17,000 people who testified before the commission.¹⁰¹ Thus, it seems as though few perpetrators came forward considering that nearly 150,000 people were killed and tens of thousands of violations were committed.¹⁰² Those who came forward seem to have feared prosecution because at least some of their names were on the lists that were published by the TC during its existence. Those lists seem to have induced a few perpetrators to come forward. They may have believed that because they had been publically ousted, they should risk testifying to potentially be recommended for amnesty. Despite this, it does seem as though that the vast majority of perpetrators were not actually prepared to testify without amnesty.

97 Rule 47 adapted from Section 30 of the Liberian TC Act.

98 Amnesty International Public Statement. AI Index: AFR 34/010/2008. *Liberia: Will those investigated by the Truth and Reconciliation Commission ever be prosecuted?* (2008)

99 Paul James-Allen; Aaron Weah and Lizzie Goodfriend, “Beyond the Truth and Reconciliation Commission: Transitional Justice Options in Liberia” (New York: *International Center for Transitional Justice*, 2010).

100 Liberia TC Report Volume 2 page 8.

101 See Aaron Weah, “Hopes and Uncertainties: Liberia’s Journey to End Impunity” *International Journal of Transitional Justice* 6(2), (2012):331-343.

102 Julie A. Keil, “Liberia’s TC: The road to rule of law or a dead end?” *African Journal of Political Science and International Relations* 11(8), (2017): 201-209.

4.5. The Kenyan Truth, Justice and Reconciliation Commission (TJRC)

In Kenya, the Truth, Justice and Reconciliation Commission (TJRC) was established in 2008, in the wake of the 2007/2008 post-election violence, which racked the country along ethnic lines.¹⁰³ The violence erupted in the country after Mwai Kibaki was named the victor of the presidential election, and his electoral opponent, Raila Odinga alleged electoral fraud. More than 1300 people were killed in the violence.

A parliamentary statute, the Truth Justice and Reconciliation Commission Act, created the TJRC.¹⁰⁴ While it was established as a result of a peace agreement after the electoral violence, the National Accord, the TC was not established to deal solely with that period. In fact, it was mandated to investigate the gross human rights violations and other historical injustices in Kenya between 12 December 1963 and 28 February 2008. One of its major goals was to gain as much truth about the violations in the mandated period as possible. The TJRC was instructed to establish a precise, comprehensive and historical record of the human rights abuses committed during that period.

To enhance truth recovery the TJRC Act contained various provisions to persuade those with information to be more forthcoming. A useful provision to try and encourage people to participate and provide information was a provision that there could not be criminal or civil proceedings or a penalty or forfeiture for any information or evidence given by a person in the proceedings.¹⁰⁵ The TJRC was also given powers to recommend amnesty to perpetrators who cooperated with it in its quest for the truth.¹⁰⁶ Initially, the TJRC was given free reign to decide on the types of crimes for which amnesty could be recommended, before approaching the Attorney General.¹⁰⁷ Later, the law was amended to narrow down the crimes for which amnesty could be recommended. The Act was very detailed concerning the amnesty process. Much of the Act follows the South African legislation with many parts being copied exact-

103 Evelyne Asaala, “Exploring transitional justice as a vehicle for social and political transformation in Kenya.” *African Human Rights Law Journal* 10(2), (2010): 377-406.

104 No. 6 of 2008.

105 Section 24(3) of the TJRC Act.

106 Section 34 of the TJRC Act.

107 Kenya, The Truth, Justice and Reconciliation Act 6 of 2008, 28 November 2008.

tly. However, the negative aspects of the South African process, which reduced its efficacy, had also been replicated. Thus, the South African process had not been sufficiently understood and similar provisions were incorporated which had similar negative effects. The onerous and complex legal criteria of the South African process, which had been duplicated, also could have reduced the numbers of applicants. Thus, the Kenyan TJRC amnesty process was very detailed and the criteria to be met by applicants were very comprehensive.

The law determined that applications for amnesty had to be in writing, had to comply with the Act and that there had to be full disclosure.¹⁰⁸ The TJRC was entitled to hold hearings on amnesty applications.¹⁰⁹ As with the South African process, the burdensome, complex and extensive criteria of the TJRC process probably had the effect of reducing the number of perpetrators who viewed the process in a positive light and who were willing to navigate its course. However, once again, the biggest problem with the TJRC amnesty process was that the institution only had the power to recommend amnesty, and not grant it. This was not something that perpetrators saw as credible. They were seemingly reluctant to rely on the power given to the TC to make recommendations. Ronald Slye, one of the international commissioners on the TJRC, has noted that because the commission could only recommend amnesty:

“The weakened provisions effectively nullified any impact of amnesty in the Kenyan process, while at the same time providing the mistaken perception that the Kenyan Commission had controversial amnesty powers...”¹¹⁰

Slye notes further, that the “powers of the Kenyan Commission were so severely limited that they were unavailable as a tool for the Commission to use to entice perpetrator testimony or foster reconciliation.” Thus, it seems that few perpetrators were willing to avail themselves of the supposed benefits of amnesty. In this regard, the TJRC noted in its final Report that it had decided not to exercise its powers to recommend amnesty.¹¹¹ It states that it did this because it believed

that few crimes would fit into the scope of what was envisaged, but more importantly it argued that: “the fact that it could only recommend and not grant amnesty, the Commission did not anticipate that much additional truth would come out of the amnesty process.” Thus, the Commission noted that its powers to recommend amnesty alone was not something that was useful to it in the exercise of its mandate. In fact, the TJRC notes in its final Report that the limited amnesty powers given to it were not useful to it in gaining truth.¹¹²

4.6. Republic of Korea

Various attempts to deal with Korea’s past have been attempted over the last seven or so decades. Some suggest that since 1996 there have been some eighteen TCs.¹¹³ This article will only deal with the most comprehensive and influential of those efforts:¹¹⁴ the 2005¹¹⁵ Truth and Reconciliation Commission of Korea (TCK).¹¹⁶ It was tasked to investigate the period 1910 to 1993.¹¹⁷ The focus is also on the amnesty process and extent to which it benefitted truth recovery.

The TCK Act gave the Commission the authority to recommend ‘immunity’ to those who cooperated with it.¹¹⁸ Article 30 provides that a person “who obtains or submits critical materials for clearing up the truth in the investigation, and may recommend he/she be granted amnesty.”¹¹⁹ Article 38 (Reconciliation for Victimizer Cooperating with the Investigation) provided that a perpetrator who actively cooperated and confessed their crimes could get the TCK to recommend immunity or the mitigation of punishment. The TCK could also recommend to the President that a pardon or exoneration be given.

112 TJRC Report Volume 1, paragraph 125.

113 Tae-Ung Baik. “Fairness in Transitional Justice Initiatives: The Case of South Korea.” *Buffalo Human Rights Law Review*. 19 (2012):169, 170.

114 Andrew Wolman, “Looking Back While Moving Forward: The Evolution of Truth Commissions in Korea.” *Asian-Pacific Law & Policy Journal* 14(3), (2012): 27.

115 Ibid.

116 Framework Act on Clearing Up Past Incidents for Truth and Reconciliation by Law No. 7542, May 31, 2005.

117 Tara J. Melish, “Implementing Truth and Reconciliation: Comparative Lessons for the Republic of Korea.” *Buffalo Human Rights Law Review*. 19 (2012):1.

118 Art. 38.

119 Republic of Korea TC, Truth and Reconciliation Activities of the Past Three Years (2009):123.

108 Section 38.

109 Section 36.

110 Ronald C. Slye, “Putting the J into the TC: Kenya’s Truth Commission: Forthcoming in Twenty Years On: Other Ways of Being and the South African Truth Reconciliation Commission”, *Seattle University School of Law Research Paper*, 17(08), (2017):26.

111 Truth, Justice & Reconciliation Commission, “The Final Report of the Truth, Justice & Reconciliation Commission of Kenya” (2013), <http://digitalcommons.law.seattleu.edu/tjrc/1>

These powers were similar to that which the earlier Presidential Truth Commission on Suspicious Deaths, established in 2000, had sought to establish. It seems as though neither process saw the recommendatory function as useful. As a result of the 2005 Commission, only having the power to recommend immunity/ amnesty to other state actors, few perpetrators were willing to come forward and few were willing to work with the TCK.¹²⁰ Dong-Choon has noted that: “few veterans have been willing to come forward.”¹²¹ The power to subpoena people was available, but the Commission had limited powers to compel compliance and little sanctioning power to use against those who did not comply.¹²² It has been found that “the TCK rarely issued an order compelling a person to appear before it and never penalised anyone for refusing to appear before it.”¹²³

Thus, it seems that, as with the other TC processes, giving a TC the power to recommend amnesty does not achieve positive results unless the process is delineated carefully and publicised widely, as occurred in Timor-Leste. It must also be noted that if a TC is against such provisions and does not possess the will to implement them then the process is doomed from the start. Far more ought to be done to educate those in such processes about the benefits of these processes. However, because amnesty provisions are often criticised, much needs to be done during the drafting phase of TC legislation to craft a law that contains useful provisions. But, there also needs to be sufficient consultation and education on these provisions to garner support for them, in order to eliminate negative perceptions when the TC begins its work.

5. OTHER TC AMNESTY PROCESSES

A number of other similar TCs have occurred around the world that had amnesty powers. These will not yet been analysed in much depth because they have not come to fruition, or have not yet terminated.

As with the other TCs that had powers of amnesty, the Democratic Republic of Congo (DRC) was only

able to recommend amnesty.¹²⁴ The TC was established as a constitutional mechanism in the 2003 Constitution of the Transition.¹²⁵ The law established that it had to deal with matters between 1960 and 2006. It was mandated to ‘establish truth and to promote peace, justice, reparation, forgiveness and reconciliation for sustaining national unity.’¹²⁶ However, the TC did not investigate any cases and made no recommendations about the granting of amnesty.¹²⁷ A proposal for a subsequent TC, recommended that it “receive all demands for amnesty, examine their legitimacy, and grant or refuse it.”¹²⁸ In other words, the TC should be given the power to grant amnesty and not simply recommend it, as had been the case previously. This suggests that the TC saw the power to recommend amnesty only as of limited value and therefore was suggesting that for amnesty to have effect the TC needed to have the power to actually grant amnesty.

Another TC that was to have amnesty provisions was that created by a law in Indonesia in 2004 to deal with crimes that had occurred there. The law provided that the institution would be able to receive confessions and apologies, and then recommend to the President of the country which persons would be given amnesty.¹²⁹ Because the Constitutional Court of Indonesia in 2006 ruled that the statute was incompatible with the 1945 Constitution,¹³⁰ the TC was never established. Thus, little can be learnt from this example other than it being an example of a model where truth was to be traded for amnesty.

In Nepal, an early draft of a TC law in 2007 contained a provision that the institution would have had the power to recommend amnesty if the perpetrator applied for it and submitted an amnesty application

124 Loi No. /04/018 du Juillet 30 2004 portant sur l'organisation, attributions et fonctionnement de la Commission Vérité et Réconciliation, article 8g.

125 Constitution of the Transition, article 154 (2003).

126 Olivier Kambala and Tyrone Savage, *Decayed, Decimated, Usurped and Inadequate: the Challenge of Finding Justice through Formal Mechanisms in the DR Congo*, Ivo Aertsen et al., “Restoring Justice after Large-Scale Violent Conflicts”, (Cullompton and Portland, Willan Publishing; Devon, U.K. 2008): 346.

127 Laura Davis and Priscilla Hayner “Difficult Peace, Limited Justice: Ten Years of Peacemaking in the DRC”, *International Centre for Transitional Justice*, (2009):22.

128 Ibid, 23.

129 Indonesia, Law No 27, 6 October 2004.

130 Constitutional Court of the Republic of Indonesia, Decision No 020/PUU-IV/2006.

120 Dong-Choon Kim, “Korea’s Truth and Reconciliation Commission: An Overview and Assessment.” *Buffalo Human Rights Law Review* 19 (2012): 97, 107.

121 Ibid.

122 Ibid.

123 Ibid.

“in course of abiding by his/her duties or with the objective of fulfilling political motives” and had also expressed regret.¹³¹ The Commission on Investigation of Disappeared Persons, Truth and Reconciliation Act, (2014), has the authority to make recommendations for amnesty to the Government of Nepal,¹³² but also to make recommendations for legal action to be taken against perpetrators that are not given amnesty.¹³³ The law does not state how the government is meant to determine whether to grant the amnesty or not. The law simply states that “If an amnesty is granted by the Government of Nepal to the person recommended by the Commission for amnesty pursuant to sub-section (1), the name of such a person shall be published in the Nepal Gazette.”¹³⁴

The law states that the views of the victim are supposed to be considered before a decision is taken.¹³⁵ The Commission may cause “reasonable compensation” to be paid to the victim.¹³⁶ The fact that the perpetrators will not receive protection against having the information they give being used against them if they are denied amnesty may be seen as a reason why potential applicants do not enter the process. They may fear that if they are not recommended for amnesty then the information they have incriminated themselves with may be used against them.

The law seems to suggest that there are limits as to when the institutions can recommend amnesty, for example, for serious offences. Nonetheless, in reality there seem to be ways around such limitations.¹³⁷ Section 26 (2) provides: “Notwithstanding anything contained in sub-section (1), the Commission may not make recommendation for amnesty in the case of the perpetrator who was involved in rape and who was involved in other offence of grave nature, **where sufficient ground and reason are not found** to grant amnesty from the investigation of the Commission.” The Commission can, nevertheless, recommend amnesty if they believe there are sufficient grounds or reasons.

131 ICTJ Challenging the Conventional Can Truth Commissions Strengthen Peace Processes? 2016 76-77.

132 Article 26(1).

133 Section 13(e).

134 Article 26(8).

135 Article 26(5).

136 Section 26(7).

137 Frank Ginsbach, “The Prosecution of Human Rights Abuses in Nepal: A Himalayan Perspective on Truth and Reconciliation” *Creighton International & Comparative Law Journal*, 5 (2013): 25.

The law determines that applicants for amnesty must make complete, written admissions of their past crimes and accept that they have committed gross violations of human rights. They must also apologise for what they have done to the victim and make a commitment not to repeat such offences.¹³⁸ No protection is available to applicants if they are refused amnesty as the law determines that the information given to the Commission is to be given to other institutions and that the TC must cooperate with other bodies.¹³⁹

The Supreme Court of Nepal has struck down parts of the amnesty provisions. This is because of their incompatibility with Nepali law, as well as international law, partly because the statute permits serious crimes to be amnestied. The law has not yet been redrafted. At the time of this article, the two Commissions have encountered many difficulties and have not made much progress. In part, this is because the law concerning the amnesty provisions had not been redrafted, so how it was supposed to work remains unknown. The Commissions seemingly have no policy or process to decide whom to recommend for amnesty. There is no such committee and no preliminary action to begin these proceedings. In the current structure of the TC, there is an amnesty division under its Reconciliation Unit that consists of only three staff members. However, it was vacant for a period because the government deployed these officials to oversee the electoral process. Because of this, and the lack of clarity on the process, no perpetrator has yet applied for amnesty. The Commissions are now stalling because of a lack of human, technical and financial resources, and the proposed amendments to the law have not been tabled.

In Burundi after a long period of unrest a TC was established to investigate serious human rights violations committed from 1962 to 2008. It was mandated to investigate a range of violations including killings, torture, enforced disappearances, deaths in custody and political assassinations. The amnesty task given to the Commission¹⁴⁰ was to determine for which ‘political crimes’ an amnesty law could be adopted.¹⁴¹ The Com-

138 s. 26(3) and (4).

139 Alison Bisset, “The Privilege Against Self-Incrimination in Truth Commission-Administered Accountability Initiatives.” *Leiden Journal of International Law* 30(1) (2017):155-176.

140 David Taylor, “We have no influence?: International discourse and the Instrumentalisation of Transitional Justice in Burundi”, *Stability: International Journal of Security & Development*, 3(2), (2013):1-10.

141 Stef Vandeginste, “Bypassing the prohibition of amnesty for

mission, while established in law, was never actually established. As a result the provision was never acted on.¹⁴² The Commission's charter contains provisions for individual amnesty procedures if it is satisfied that the applicant has made full disclosure of all relevant facts.

In Colombia, processes to grant conditional amnesties or pardons are under way as a result of the peace agreement between the Government and the FARC.¹⁴³ The Peace Agreement establishes the Comprehensive System of Truth, Justice, Reparation and Non-Repetition that has five strands, including the provision of amnesty and pardon. Provided for is the Commission for the Identification of the Truth, Coexistence and Non-Repetition.¹⁴⁴ This truth commission does not have the power to grant amnesty.¹⁴⁵ It will have subpoena powers to get people to testify before it but the evidence it gathers may not be used in a criminal trial. The Commission has a three-year mandate to investigate and report on the violations committed during the conflict.

The power to grant conditional amnesty or pardon in Colombia is given to the Special Jurisdiction for Peace (SJP). It will also have authority to investigate, establish facts, and impose penalties.¹⁴⁶ The SJP is comprised of a number of institutions, including a Trial Division in the event of acknowledgement of truth and responsibility, a Trial Division in the absence of acknowledgement of truth and responsibility, the Judgment Review Division, the Stability and Compliance Division and the Tribunal for Peace. The SJP can grant amnesty. However, it can also decide to waive criminal prosecutions, but the extent to which this can occur is unclear. Perpetrators, who have carried out politically associated crimes, that confess will get "special treatment" by the SJP if various verified conditions are met. The conditions to be

met include providing truth to victims, acknowledging responsibility, participation in reparations programmes and provide guarantees of non-repetition. Perpetrators who confessed to their crimes will not have to serve prison time but will have their "place of residence" determined by the Peace Tribunal.¹⁴⁷ They will also be subject to "effective restrictions on freedoms and rights" whilst performing community service.¹⁴⁸ However what the "place of residence" will be and how much time they will have to be there each day, or what and how extensive the restrictions on their freedoms and rights will be, was not delineated in a 2017 draft of the law. Perpetrators from the security forces will have to be resident in military units but again what this means is not stated. While the law provides that sanctions can be reduced if involvement in reparations activities occur it is not stated how this occurs or what those reductions can be. By August 2017 1,502 state security officials and 2,817 FARC fighters had indicated that they wanted to go through the SJP process.¹⁴⁹ How the process will work and what its effects and outcomes will be remain to be determined.

Thus a number of other processes have been established that affect the role that truth commissions play concerning amnesty. Some of them never came to fruition and some of them are still in formation today so how they will work and what the role of the TC will be is unclear.

6. CONCLUSION

The use and extent of TC amnesties around the world show that they continue to be a popular tool. They have an enormous number of roles. They can play important functions in transitional societies. They can have the effect of stopping a conflict if all parties accept and buy into such an arrangement. While amnesties are usually viewed as problematic, they can have beneficial effects. Amnesties can play a symbiotic role with and be beneficial to TCs in their truth recovery

human rights crimes under international law: lessons learned from the Burundi peace process." *Netherlands Quarterly of Human Rights* 29 (2011): 189, 200.

142 Stef Vandeginste, "Burundi's Truth and Reconciliation Commission: How to shed light on the Past while Standing in the Dark Shadow of Politics?" *International Journal of Transitional Justice* (2012): 355-65.

143 Final Agreement to End the Conflict and Establish a Stable and Long-lasting Peace, Colombian Government.-FARC, Nov. 24, 2016.

144 Bustamante-Reyes, J. (2017). Colombia's path to peace. *New Zealand International Review*, 42(1), 14.

145 Ortiz Acosta, I. M. (2017). Seeking Truth in Colombia: Perspectives on a Truth Commission. *Razón Crítica*, 2, 21-50,

146 Due Process of Law Foundation The Special Jurisdiction for Peace in Colombia: Recommendations for the Selection of Judges of the Chambers and Divisions of the Tribunal for Peace

147 Proyecto de ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz), bill no. 8/2017.

148 Josi, Claudia. «Accountability in the Colombian Peace Agreement: Are the Proposed Sanctions Contrary to Colombia's International Obligations.» *Southwestern Law Review*. 46 (2016): 401.

149 El Espectador: Las incógnitas de la Justicia Especial para la Paz, 22 August 2017

processes. However, this is dependent on the way the amnesty process is structured to begin with, and the way it is carried out.

Giving perpetrators amnesty can be beneficial for truth recovery processes because these persons have much to reveal about the events that occurred. However, perpetrators do not usually participate in the processes of search for truth out of fear that the weight of the law will be brought against them. They are usually not willing to participate in the proceedings if they do not obtain guarantees of protection against being prosecuted. Thus, tools such as amnesties can be very useful for truth-seeking processes. Truth commissions largely take into account the narratives of the testimony of the victims, without taking into account the voices of other actors involved in the conflict.¹⁵⁰ However, victims do not have many specific facts to tell when it comes to events that occurred outside the specific situation in which they were involved. Instead, learning from direct testimonies given by perpetrators would clarify many more situations. For example, past offenders could reveal who ordered, organised, was involved, prepared, and executed certain abuses. Usually, these matters remain unknown or only known to a very limited extent and then, to very few people.

All the TC processes recommending amnesty discussed in this article including Grenada, Indonesia, the Democratic Republic of the Congo (DRC), Nepal, in the joint Timor-Leste/Indonesia process, Liberia, Kenya, and Korea, but not in the sole Timor-Leste model, show the problems in having a process where a TC simply recommends amnesty. These models, besides the Timor-Leste process (for its own contextual reasons), show that few perpetrators trust these processes enough to come forward in any numbers. They seemingly will not engage in a process in which an institution only recommends amnesty. It seems as though a greater degree of certainty is needed for them to testify and provide information about their crimes without some protection against criminal or civil liability.

Thus, when TCs are given the power to grant amnesty they seem to attract more applicants. The reason being that in this case, there is only one level of ad-

ministrators to convince, not two. Also it is presumed that TCs will exercise their decision making in a less political, more partisan way. When it comes to TCs recommending amnesty the overall position seems to be that this methodology seems not to inspire confidence from would-be applicants. They seem to shy away from a two-step process (TC and then government decision) that sees a final decision being taken by political actors. The South African experience also seems to indicate that where there are judges involved, and that if some of them come from same group as the perpetrators there will be greater trust in the process.

Thus, a truth commission process that grants amnesty rather than recommending amnesty seems preferable. It is more likely to achieve the result that perpetrators will engage with the truth recovery process. It is however quite context specific and depends on how it is established, how complex it is, whether perpetrators trust the system and whether they believe they need amnesty. Perpetrators will, before deciding whether to enter a conditional amnesty, weigh up whether they need amnesty and whether there is likelihood that they will be prosecuted if they do not apply. Thus, conditional amnesties will work if the state shows that it has the will and ability to carry out such prosecutions.

If the state is not willing to grant amnesty it may be useful to grant the institution doing the truth recovery the powers to grant use immunity. If use immunity is given to disclosures which are provided to a TC, this would induce more people to divulge information.¹⁵¹ While the value of these immunities can be questioned, as prosecutors would know about the crimes committed and can look for evidence elsewhere, the level of protection might still be sufficient for perpetrators to come forward.

BIBLIOGRAPHY

Allan, Kate. «Prosecution and Peace: A Role for Amnesty before the ICC.» *Denver Journal of International Law and Policy* 39 (2010): 239 – 242.

Amnesty International Public Statement. AI Index:

150 N. V. Nwogu, “When and Why it Started: Deconstructing Victim-Centered Truth Commissions in the Context of Ethnicity-Based Conflict”, *International Journal of Transitional Justice*, 4 (2010):275.

151 Alison Bisset, “The Privilege Against Self-Incrimination in Truth Commission-Administered Accountability Initiatives.” *Leiden Journal of International Law* 30.1 (2017): 173.

- AFR 34/010/2008. *Liberia: Will those investigated by the Truth and Reconciliation Commission ever be prosecuted?* PDF. Liberia: TRCL, 2008. <https://www.amnesty.org/download/Documents/52000/afr340102008en.pdf>
- Asaala, Evelyne. «Exploring Transitional Justice as a Vehicle for Social and Political Transformation in Kenya.» *African Human Rights Law Journal* 10, no. 2 (2010): 377-406.
- Baik, Tae-Ung. «Fairness in Transitional Justice Initiatives: The Case of South Korea.» *Buffalo Human Rights Law Review* 19 (2012): 169-273
- Bhargava, Rajeev. «Restoring Decency To Barbaric Societies». In *Truth Versus Justice: The Morality Of Truth Commissions*, edited by Robert I. Rotberg and Dennis Thompson, 45-67. New Jersey: Princeton University Press, 2000.
- Bisset, Alison. 'Principle 9: Guarantees for Persons Implicated', in *The United Nations Principles to Combat Impunity: A Commentary*, edited by Frank Haldemann and Thomas Unger. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- Bisset, Alison. «The Privilege Against Self-Incrimination in Truth Commission-Administered Accountability Initiatives.» *Leiden Journal of International Law* 30, no. 1 (2017): 155-176.
- Borer, Tristan Anne. *Truth Telling As A Peace-Building Activity: A Theoretical Overview*. Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame Press, 2006.
- Burgess, Patrick and Galuh, Wandita. «Reaching Out to Victims and Communities: The CAVR's Experiences in Timor-Leste,» in *Transitional justice, culture, and society: Beyond outreach*, edited by Clara Ramirez-Barat, 141-172. Social Science Research Council, 2014.
- Burgess, Patrick. «East Timor's Community Reconciliation Process». In *Transitional justice in the twenty-first century: Beyond truth versus justice*, edited by Roht-Arriaza, Naomi, and Javier Mariezcurrena, 176-205. Cambridge University Press, 2006.
- Burgess, Patrick. «Justice and Reconciliation in East Timor. The Relationship between the Commission for Reception, Truth and Reconciliation and the Courts.» In *Truth Commissions And Courts*, edited by William Schabas and Shane Darcy, 135-158. Springer Netherlands, 2004.
- Bustamante-Reyes, Juliana. «Colombia's Path to Peace.» *New Zealand International Review* 42, no. 1 (2017): 14-17.
- Byung-Ook, Ahn. President of the Republic of Korea. *Truth and Reconciliation Activities of the Past Three Years*. PDF. Republic of Korea: TRC, 2009. https://www.usip.org/sites/default/files/ROL/South_Korea_2005_reportEnglish.pdf
- Childers, Jacob. «Amnesty, Revenge, and the Threat of Conflict Relapse.» *International Criminal Law Review* 14, no. 6 (2014): 1095-1122.
- Clark, Janine Natalya. «Transitional Justice, Truth and Reconciliation: an Under-explored Relationship.» *International Criminal Law Review* 11, no. 2 (2011): 241-261.
- Cobban, Helena. «Amnesty After Atrocity.» *Healing nations after genocide and war crimes*. Boulder, Colorado: Paradigm, 2007.
- Colombia, El Congreso de Colombia. *Proyecto de ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz*. PDF. Colombia: Las incógnitas de la Justicia Especial para la Paz, 2017. http://dacn.mininterior.gov.co/sites/default/files/noticias/proyecto_de_ley_estatutaria_de_la_administracion_de_justicia_en_la_jurisdiccion_especial_para_la_paz.pdf
- Colombia. *Final Agreement to End the Conflict and Establish a Stable and Long-lasting Peace*. Colombia: FARC, 2016.
- Constitutional Court of the Republic of Indonesia. *Decision No 020/PUU-IV/2006: Challenging the Conventional Can Truth Commissions Strengthen Peace Processes?* Indonesia: ICTJ, 2016.
- Dancy, Geoff, Hunjoon Kim, and Eric Wiebelhaus-Brahm. «The Turn to Truth: Trends in Truth Commission Experimentation.» *Journal of Human Rights* 9, no. 1 (2010): 45-64.
- Davis, Laura, and Priscilla Hayner. «Difficult Peace, Limited Justice: Ten years of Peacemaking in the DRC.» *International Centre for Transitional Justice* 36 (2009) 1-39.
- Dong-Choon, Kim. «Korea's Truth and Reconciliation Commission: An Overview and Assessment.» *Buffalo Human Rights Law Review* 19 (2012): 97-273
- Fiddler, Grace. «Using a Conditional Amnesty and Truth and Reconciliation Commission as a Transitional Justice Mechanism in Syria.» *The George Washington Institute of International Law Review* 47 (2015): 893-918.

- Freeman, Mark. *Necessary Evils: Amnesties and the Search for Justice*. Cambridge University Press, 2009.
- Ginsbach, Frank. "The Prosecution of Human Rights Abuses in Nepal: A Himalayan Perspective on Truth and Reconciliation" *Creighton International & Comparative Law Journal* 5 (2013): 1-50.
- Gitau, Rosalia de la Cruz. "God willing, I will be back": Gauging the Truth and Reconciliation Commission's Capacity to Deter Economic Crimes in Liberia." *African Security Review* 17, no. 4 (2008): 64-78.
- Grenada, Truth and Reconciliation Commission of Grenada. *Report on Certain Political Events which Occurred between 1976-1991, Grenada*. 2006. <https://www.thegrenadarevolutiononline.com/trccontents.html>
- Hayner, Priscilla B. *Negotiating Peace In Liberia*. Geneva: HD Centre for Humanitarian Dialogue, 2007.
- Hayner, Priscilla B. *Unspeakable Truths 2e: Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*. Routledge, 2010.
- James-Allen, Paul, Aaron Weah, and Lizzie Goodfriend. *Beyond the Truth and Reconciliation Commission: Transitional Justice Options in Liberia*. New York and Monrovia: International Center for Transitional Justice (ICTJ), 2010.
- Järvinen, Taina. *Human rights and post-conflict transitional justice in East Timor*. Finnish Institute of International Affairs, 2004.
- Jeffery, Renée. "Trading Amnesty for Impunity in Timor-Leste." *Conflict, Security & Development* 16 no. 1 (2016): 33-51.
- Josi, Claudia. "Accountability in the Colombian Peace Agreement: Are the Proposed Sanctions Contrary to Colombia's International Obligations." *Southwestern Law Review* 46 (2016): 401-422.
- Julie A. Keil, "Liberia's TC: The Road to Rule of Law or a Dead End?" *African Journal of Political Science and International Relations* 11, no. 8 (2017): 201-209.
- Kambala, Olivier and Tyrone Savage. "Decayed, Decimated, Usurped and Inadequate: The Challenge of Finding Justice through Formal Mechanisms in the Democratic Republic of Congo." In *Restoring Justice after Large-scale Violent Conflicts*, edited by Ivo Aersten et al. 336-358. New York: Willan Publishing, 2008.
- Katzenstein, Suzanne. "Hybrid Tribunals: Searching for Justice in East Timor." *Harvard Human Rights Journal* 16 (2003): 245-278
- Kenya, *The Truth, Justice and Reconciliation Act 6 of 2008, Kenya*. Nairobi: KLR, 2008.
- Kenya, Truth, Justice and Reconciliation Commission of Kenya. *Final Report of the Truth, Justice and Reconciliation Commission, Kenya*. PDF. Nairobi: TJRC Kenya, 2013. http://knchr.org/Portals/0/Reports/TJRC_Volume_4.pdf
- Korea, Parliament of Korea. "Framework Act on Clearing up Past Incidents for Truth and Reconciliation, Enacted by Law No. 7542." PDF. *Parliament of Korea*, 2005. https://www.usip.org/sites/default/files/ROL/Framework_Act.pdf
- Krueger, Anne K. "The Global Diffusion of Truth Commissions: an Integrative Approach to Diffusion as a Process of Collective Learning." *Theory and Society* 45, no. 2 (2016): 143-168.
- La République Démocratique du Congo, La Commission Verite et Reconciliation. *Loi No. /04/018 du Juillet 30 2004 portant sur l'organisation*. PDF. La République Démocratique du Congo: CVR, 2004.
- <http://www.icla.up.ac.za/images/un/commissionsofinquiries/files/DRC%202003%20commission%20-%20TORs.pdf>
- La République Démocratique du Congo. *Constitution de la transition de la République démocratique du Congo*. 2003. https://www.droitcongolais.info/files/106_constitution_de_la_transition_de_la_rdc_dav.pdf
- Langer, Johannes. 2017. "Are Truth Commissions Just Hot-Air Balloons? A Reality Check On The Impact Of Truth Commission Recommendations." *Desafios* 29 (1): 177-210.
- Lessa, Francesca, and Leigh A. Payne, eds. *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability: Comparative and International Perspectives*. Cambridge University Press, 2012.
- Lessa, Francesca, Tricia D. Olsen, Leigh A. Payne, Gabriel Pereira, and Andrew G. Reiter. "Persistent or Eroding Impunity? The Divergent Effects of Legal Challenges to Amnesty Laws for Past Human Rights Violations." *Israel Law Review* 47, no. 1 (2014): 105-131.
- Liberia, Ministry of Foreign Affairs. "Liberia: An Act to Establish the Truth and Reconciliation Commission (TRC) of Liberia 2005." *Refworld*. 2005. <http://www.refworld.org/docid/473c6b3d2.html>

- Loyle, Cyanne E., and Christian Davenport. «Transitional injustice: Subverting justice in transition and postconflict societies.» *Journal of Human Rights* 15, no. 1 (2016): 126-149.
- Lundy, Patricia. «Commissioning the Past in Northern Ireland.» *Review of International Affairs* 60, no. 1138-1 (2010): 101-133.
- Mallinder, Louise. «Amnesties' Challenge To The Accountability Norm». In *Amnesty In The Age Of Human Rights Accountability: Comparative And International Perspectives*, edited by Francesca Lessa and Leigh A. Payne, 69-96. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- Mallinder, Louise. *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide*. Bloomsbury Publishing, 2008.
- McAuliffe, Padraig. «East Timor's Community Reconciliation Process as a Model for Legal Pluralism in Criminal Justice'.» *Law, Social Justice & Global Development* 2 (2008).
- Melish, Tara J. «Implementing Truth and Reconciliation: Comparative Lessons for the Republic of Korea.» *Buffalo Human Rights Law Review* 19 (2012): 1-273
- Mendlloff, David. «Truth-Seeking, Truth-Telling, And Post-Conflict Peacebuilding: Curb The Enthusiasm?» *International Studies Review* 6, no. 3 (2004): 355-380.
- Minow, Martha. «Making History or Making Peace: When Prosecutions Should Give Way to Truth Commissions and Peace Negotiations.» *Journal of Human Rights* 7, no. 2 (2008): 174-185.
- Moon, Claire. *Narrating Political Reconciliation: South Africa's Truth and Reconciliation Commission*. Lexington Books, 2008.
- Naftali, Patricia. «Crafting a "Right to Truth" in International Law: Converging Mobilizations, Diverging Agendas?» *Champ pénal/ Penal field* 13 (2016).
- Neier, Aryeh. *War crimes: Brutality, Genocide, Terror, and the Struggle for Justice*. New York: Crown Publishing Group, 1998.
- Nesiah, Vasuki. «Transitional Justice Practice: Looking Back, Moving Forward.» *Impunity Watch*, 2016.
- Nwogu, Nneoma V. «When and Why it Started: Deconstructing Victim-centered Truth Commissions in the Context of Ethnicity-based Conflict.» *International Journal of Transitional Justice* 4, no. 2 (2010): 275-289.
- Ojielo, Ozonnia. «Critical Lessons in Post-Conflict Security in Africa: The case of Liberia's Truth and Reconciliation Commission.» *Institute for Justice and Reconciliation*, 2010.
- Olsen, Tricia D, Leigh A Payne, and Andrew G Reiter. *Transitional Justice In Balance: Comparing Processes, Weighing Efficacy*. Washington, United States: Institute of Peace Press, 2010.
- Olsen, Tricia D., Leigh A. Payne, Andrew G. Reiter, and Eric Wiebelhaus-Brahm. «When Truth Commissions Improve Human Rights.» *International Journal of Transitional Justice* 4, no. 3 (2010): 457-476.
- Ortiz Acosta, Ingrid Marisol. «Seeking Truth in Colombia: Perspectives on a Truth Commission.» *Razón Crítica* 2 (2017):21-50.
- Pajibo, Ezekiel. «Civil Society and Transitional Justice in Liberia: A Practitioner's Reflection from the Field.» *The International Journal of Transitional Justice* 1, no. 2 (2007): 287-296.
- Pierce, Natalie. «Picking up the Pieces: Truth and Justice in Sierra Leone.» *New Zealand Journal of Public and International Law* 6, no. 2 (2008): 117-156.
- Pigou, Piers. «Degrees of Truth: Amnesty and Limitations in the Truth Recovery Project.» *The Provocations of Amnesty: Memory, Justice and Impunity* (2003): 217-236.
- Pigou, Piers. «The Community Reconciliation Process of the Commission for Reception, Truth and Reconciliation.» *United Nations Development Programme Timor-Leste* (2004).
- Popkin, Margaret. *Peace Without Justice: Obstacles to Building the Rule of Law in El Salvador*. Penn State Press, 2000.
- Sarkin, Jeremy, «Achieving Reconciliation in Divided Societies.» *Yale Journal of International Affairs* 3, no.2 (2008): 11-28.
- Sarkin, Jeremy, «An Evaluation of the South African Amnesty Process" In *Truth and reconciliation in South Africa: Did the TRC deliver?* Edited by Hugo Van der Merwe, and Audrey R. Chapman, 93-115. University of Pennsylvania Press, 2008.
- Sarkin, Jeremy, «Dealing with Enforced Disappearances in South Africa (With a Focus on the Nokuthula Sime-lane Case) and Around the World. The Need to Ensure Progress on the Rights to Truth, Justice and Reparations in Practice.» *Speculum Juris Volume* 29 (2015): 20-48.

- Sarkin, Jeremy, «The Development of a Human Rights Culture in South Africa.» *Human Rights Quarterly* 20, no. 3 (1998): 628-665.
- Sarkin, Jeremy, «Understanding the Journey to Reconciliation in Transitional Societies: Using the Metaphor of a Motor Vehicle Road Trip to Understand South Africa's Path (Process) to Political Reconciliation.» *International Journal of African Renaissance Studies-Multi-, Inter-and Transdisciplinarity* 10, no. 2 (2015): 87-103.
- Sarkin, Jeremy, and Tetevi Davi. «Examining The Criticisms Levelled Against Transitional Justice: Towards An Understanding Of The State Of The Field». *Human Rights And International Legal Discourse* 11, no. 1 (2017): 7-22.
- Sarkin, Jeremy, and Tetevi Davi. «The Togolese Truth, Justice and Reconciliation Commission: Lessons for Transitional Justice Processes Elsewhere.» *Peace and Conflict Studies* 24, no. 1 (2017): 1-27.
- South Africa, Parliament. «Promotion of National Unity and Reconciliation Act, 1995 (South Africa).» *Journal of African Law* 39, no. 2 (1995): 231-231.
- Slye, Ronald C. «Putting the J into the TC: Kenya's Truth Commission: Forthcoming in Twenty Years On: Other Ways of Being and the South African Truth Reconciliation Commission», *Seattle University School of Law Research Paper* 17, no.8 (2017): 26.
- Taylor, David. «We have no influence': International Discourse and the Instrumentalisation of Transitional Justice in Burundi», *Stability: International Journal of Security & Development* 3, no. 2 (2013):1-10.
- Teitel, Ruti. «The Law and Politics of Contemporary Transitional Justice.» *Cornell International Law Journal* 38, no.3 (2005): 837-62
- Timor-Leste, Commission for Reception, Truth and Reconciliation. «Community Reconciliation.» In *Chega! Final Report of the Commission for Reception, Truth and Reconciliation in East Timor*. PDF. CAVR, 2005. <http://www.etan.org/etanpdf/2006/CAVR/09-Community-Reconciliation.pdf>
- United Nations Transitional Administration in East Timor. *Regulation No. 2001/10*. East Timor: UNTAET, 2001.
- United Nations, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. *Rule-of-Law Tools for Post-Conflict States: Truth Commissions*. Geneva: UN, 2006.
- Vandeginste, Stef. «Burundi's Truth and Reconciliation Commission: How to shed light on the Past while Standing in the Dark Shadow of Politics?» *International Journal of Transitional Justice* 6, no. 2 (2012): 355-365.
- Vandeginste, Stef. «Bypassing the Prohibition of Amnesty for Human Rights Crimes under International Law: Lessons Learned from the Burundi Peace Process.» *Netherlands Quarterly of Human Rights* 29, no. 2 (2011): 189-211.
- Varney, Howard, and Jeremy Sarkin. «Failing to pierce the hit squad veil: An analysis of the Malan trial.» *South African Journal of Criminal Justice* 10 (1997): 141.
- Weah, Aaron. «Hopes and Uncertainties: Liberia's Journey to end Impunity.» *International Journal of Transitional Justice* 6, no. 2 (2012): 331-343.
- Weissbrodt, David. «Review Of Andreas O'Shea, Amnesty For Crime In International Law And Practice» *American Journal of International Law* 97 (2003): 227.
- Wilson, Richard. *The Politics of Truth and Reconciliation in South Africa: Legitimizing the Post-Apartheid State*. Cambridge University Press, 2001.
- Wolman, Andrew. «Looking Back While Moving Forward: The Evolution of Truth Commissions in Korea.» *Asian-Pacific Law and Policy Journal* 14 (2012): 27-56.
- Zifcak, Spencer. «Restorative Justice in East Timor: An Evaluation of the Community Reconciliation Process of the Truth and Reconciliation Commission of East Timor.» New York: The Asia Foundation, 2004.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

A conceptual paper on the policy-framework that mirrors the dynamic link between Human Security, Social Protection and Safety Nets, and Food and Nutritional Security: The Case of the “Gulayan sa Paaralan Program”, the Philippines
O quadro de políticas públicas que espelha a dinâmica Ligação entre Segurança Humana, Proteção Social e Redes de Segurança, e Segurança Alimentar e Nutricional: O Caso do Programa “Gulayan sa Paaralan” nas Filipinas

Renato Lagapa Base

A conceptual paper on the policy-framework that mirrors the dynamic link between Human Security, Social Protection and Safety Nets, and Food and Nutritional Security: The Case of the “Gulayan sa Paaralan Program”, the Philippines*

O quadro de políticas públicas que espelha a dinâmica Ligação entre Segurança Humana, Proteção Social e Redes de Segurança, e Segurança Alimentar e Nutricional: O Caso do Programa “Gulayan sa Paaralan ” nas Filipinas

Renato Lagapa Base**

ABSTRACT

The objective of this research is to show the policy-framework that came out from the promulgated policies of the Department of Education in the Philippines relative to its Gulayan sa Paaralan Program. Based on this program, the research demonstrates the link between the concepts of human security, social protection and safety nets, and food and nutritional security embedded in the policy-framework.

Keywords: Gulayan sa Paaralan Program, human security, social protection, safety net intervention, food and nutritional security

RESUMO

O objetivo desta pesquisa é mostrar o arcabouço de políticas públicas promulgadas do Departamento de Educação no Filipinas em relação ao seu programa *Gulayan sa Paaralan*. Com base neste programa, a pesquisa demonstra a articulação técnica entre os conceitos de segurança humana, proteção social e redes de segurança, segurança alimentar e nutricional incorporados no quadro de políticas.

Palavras-chave: Programa Gulayan sa Paaralan, segurança humana, proteção social, segurança alimentar e nutricional

* Recebido em: 03/02/2019
Aprovado em: 26/02/2019

** PhD in Sociology, Associate Professor, Department of Public Administration, College of Science and Technology Education University of Science and Technology of Southern Philippines (USTP) Contact: renato.base@ustp.edu.ph

I. INTRODUCTION

The transformation of vast property of school grounds that remains unattended in most, if not all, of the schools under the Department of

Education (DepEd) into “Gulayan sa Paaralan Program” (GPP)¹, that is, “vegetable school gardens”², can demonstrate the interaction between human security, social protection and social safety nets, and food and nutritional security. However, this is possible if the policies promulgated by DepEd can be demonstrated that such a policy-framework exists. Nonetheless, the government of the Philippines realizing the potential of GPP made it into a “national program on school gardening”³, hence, setting the stage in which the vast property of unattended school grounds can be transformed into vegetable school gardens.

Moreover, at the level of the DepEd the national program was reinforced by policy pronouncements, which eventually institutionalized GPP as vital source of nutritious ingredients for the School-Based Feeding Program⁴. In another policy move, the DepEd and the Department of Agriculture (DA) joined their efforts and resources⁵ alongside with the local governments units, private sector, and stakeholders so that GPP is further enhanced as a strategy in fighting hunger and malnutrition in the community. Schools then operationalized the policy behind this convergence by entering into formal

partnerships with the local government units (LGU), NGOs, private sector, and other groups⁶. In this manner, the sustainability of GPP as vital source of nutritious ingredients for the school based feeding program has now strong underpinnings. Given such policy pronouncements and the operationalization of these policies at the school level, thus, it sets the policy-framework wherein the connection between human security, social safety nets, and food and nutritional security could now be demonstrated through the GPP.

From this perspective, the research attempted to shed insight on the various policies the Philippine go-

vernment enunciated through its agencies that resulted to a policy-framework that mirrors the dynamic interlink between human security, social protection and safety nets, and food and nutritional security through the GPP, as the showcase intervention.

1.1. Problem Statement

The overall objective of this research is to show the policy-framework discernible from the enunciated policies of the Department of Education relative to GPP. From this policy-framework, the research attempted to demonstrate that through the GPP, it exhibits the link between the concepts of human security, social protection and safety nets, and food and nutritional security.

1.2. Purpose of Inquiry and Inquiry Questions

Toward this end, the purpose of this inquiry is to be able to review and identify the various policy pronouncements relative to GPP; and, to show how these policies through GPP demonstrated the interconnection of human security, social protection and safety nets, and food and nutrition security.

Bearing this in mind, the research attempts to answer the following questions:

1. What are the different policies enunciated by the Philippine Government that undergirds GPP, and what are its implication in the fight against hunger and malnutrition?
2. Is the policy-framework that resulted from these policy pronouncements able to demonstrate the interaction between the concept of human security, social protection and safety nets, and food and nutritional security?

1.3. Significance of the Inquiry

This conceptual paper is significant because it will explore the policy-framework that highlights the connection between human security, social protection and safety nets, and food and nutritional security in the context of GPP. Thus, this paper will examine these policies and make recommendations for future research.

1 Department of Education, *Implementation of School-Based Feeding Program (SBFP) for School Year (SY) 2015-2016*, DepEd Order No. 33, s.2015, 30 July 2015, accessed March 31, 2017, <http://www.deped.gov.ph/orders/do-33-s-2015>.

2 *Fresh: News from AVRDC*, The World Vegetable Center, July 15, 2011, 1.

3 *Strengthening the School Nutrition Program in the Philippines*, accessed March 31, 2017, <https://schoolnutritionphils.wordpress.com/>.

4 *Implementation of School-Based Feeding Program (SBFP) for School Year (SY) 2015-2016*.

5 *Integrated School Nutrition Project*, accessed March 17, 2017, <https://schoolnutritionphils.wordpress.com/>.

6 <http://www.tagumcity.gov.ph/2014/03/lgu-deped-tagum-institutionalize-gulayan-sa-paaralan/>, (accessed March 24, 2017).

1.4. Summary of Theoretical Framework

This conceptual paper looks at GPP as the platform by which food and nutrition security can take off, therefore, making it necessary to give a theoretical framework using the lens of human security, social protection and safety net interventions. The theoretical model that best explains and can shed insight to GPP is by way of demonstrating the link between human security and social protection and safety nets. Social protection and safety net intervention states that social policies must be oriented towards the minimization of the effects of crises and food price volatility, as well as address current and future vulnerabilities⁷ while the notion of human security posited that human security means protecting fundamental freedoms – freedoms that are the essence of life⁸. Thus, through this theoretical lens, this study could reasonably aver that in order to address current and future vulnerabilities, broader social protection agenda anchored on the notion of human security, must aim to address risks, vulnerability and social exclusion in relation to the vulnerable members in the community or society. In so doing, they can be protected against livelihoods risks, thereby, can be able to maintain an adequate level of food consumption and secure their food and nutritional requirements⁹.

1.5. Delimitations and Limitations

Several elements delimit this conceptual paper. First, this paper only reviews the policy underpinnings relative to GPP. This is delimiting in the sense that it excludes other related policies that impinged on social protection and safety nets outside the GPP. Second, the theoretical framework uses concepts from human development theories to explain and understand human security and social protection and safety nets. This is delimiting because when understanding people and public policies one must go into other theoretical perspectives

7 ILO, WHO, *Social Protection Floor Initiative. Manual and Strategic framework for Joint UN Country Operations*, Developed by the Group of Co-operating Agencies and Development Partners, Geneva, 2009.

8 United Nation-Human Security Unit, *Human Security in Theory and Practice: An Overview of the Human Security Concept*, accessed March 10, 2017, http://www.un.org/humansecurity/sites/www.un.org/humansecurity/files/human_security_in_theory_and_practice_english.pdf.

9 Devereux S., Sabates Wheeler R., and Guenther B., *Linking Social Protection and Support to Small Farmer Development*, A paper commissioned by FAO, 2008.

such as structuralism¹⁰, dependency theory¹¹, basic needs theory¹², and neoclassical theory¹³ for a more comprehensive insights.

2. ANALYSIS AND DISCUSSION OF THE LITERATURE

This section provides an overview of the policies that relates to GPP in the Philippines. By making a sweeping historical preview on how the policies relative to GPP evolved, thus, one can be provided of their interlink that resulted of the present policy-framework, which guided the Philippine government's program on food and nutritional security.

2.1. Literature on the Policies Enunciated by the Philippine Government Relative to GPP: A Historical Perspective

The origin of the present GPP had its roots in the concept of Gulayan sa Kalusugan Program (The National Vegetable Production Program in the Philippines) of 1975 by Pres. Ferdinand Marcos¹⁴. In essence, the program objectives¹⁵ were as follows: First, provide credit and encourage commercial production in priority areas of selected vegetables and food crops, which have domestic and/or export market. Second, increase production of highly nutritious vegetables or food crops. Third, coordinate the planting, harvesting, and marketing of such crops in order to minimize the effects of seasonal fluctuations of supply and prices. Fourth, encourage the propagation of out-of-season crops to increase the income of farmers. Fifth, develop an efficient marketing system as safety nets in the uncertainties of

10 Palma, J.G., *Structuralism*, The New Palgrave: A Dictionary of Economics, v. 4, 1987, 527-531.

11 James, Paul, *Post-Dependency: The Third World in an Era of Globalism and Late Capitalism*, Alternatives: Social Transformation and Human Governance, 22 (2), 1997, 205–26.

12 Dharam Ghai (June 1978). *Basic Needs and its Critics*. Institute of Development Studies. 9 (4), 1978, 16–18, (doi:10.1111/j.1759-5436.1978.mp9004004.x).

13 Cohn, Steven Mark (2006), *Reintroducing Macroeconomics: A Critical Approach*. M.E. Sharpe. 2006, 111, (ISBN 0-7656-1450-2).

14 Presidential Letter of Instruction No. 248, s. 1975, *Gulayan Sa Kalusugan (The National Vegetable Production Program in the Philippines)*, accessed March 16, 2017 <http://www.gov.ph/1975/01/30/letter-of-instruction-no-248-s-1975/>.

15 Presidential Letter of Instruction No. 248, s. 1975.

future prices by means of contract purchasing arrangements for future delivery of vegetables and food crops. Overall, the program was designed to be integrated with that of the nutrition programs¹⁶. This policy pronouncement could be considered as being a trailblazer since it serves as the genesis of future policies that attempted to address food and nutrition security with vegetable production program as its implementing strategy. This policy was instituted at the height of the oil crisis of the 1970s; hence, it was a respond to a concrete historical situation facing the nation.

In view of this policy, it operationalizes the concept of human security and social protection and safety nets against the said crisis. With this, it paved the ground in which future policy pronouncements of the Philippine government can be linked to the succeeding *Gulayan sa Paaralan* programs of later presidents of the Republic of the Philippines.

Consequently, in 1991 the Department of Education Culture and Sports (DECS) incorporated *Gulayan sa Paaralan* as part of the education sector contingency plans¹⁷. This policy was oriented towards food production and at the same time as a livelihood program “both in school and at home”¹⁸. However, the rationale behind this policy pronouncement was in the context of the Gulf crisis in the Middle East that cause “so much apprehensions and uncertainties” in the Philippines during that time¹⁹. Again, it can be fairly stated that this policy was in response to another concrete historical situation facing the nation, which was a crisis that endanger human security, therefore, such policy acted as social protection and safety nets to the vulnerable segments in our society. As far as this policy is concerned, it is fair to aver that the sustainability of the *Gulayan sa Paaralan* hang in the balance, so to speak, on the resolution of the Gulf crisis. However, as common experience dictates policy that is capable of responding to concrete issues and challenges will thrive and even-

tually evolved and morphed into a more sophisticated or advance form.

The transformation of *Gulayan sa Paaralan* into a more advance form became evident in 1995 with the issuance of a policy pronouncement that became the basis in the institutionalization of school level gardening, viz. *Establishing Every School Within a Garden*²⁰. This is the first time that vegetables produced through school gardening were institutionalized to serve as supplement in school feeding programs or that it may be sold to operate additional school income²¹. On this aspect, this policy placed the vegetable program or GPP to a higher level of effectiveness since it explicitly stipulated that school level gardening or GPP must be formally link to school-based feeding programs. On the other hand, by virtue of this policy, schools with very limited land were still encouraged to adopt alternative gardening methods, that is, using pots or wooden boxes²² in order not to make space or area limitation an obstacle or an excuse of not pursuing GPP. With this new development, a policy-framework that relates to food and nutritional security is now beginning to emerge.

Ten years later, in 2007 another reinforcing policy pronouncements was enunciated by DepEd. This time “in close coordination with the Anti-hunger Task Force, National Nutrition Council, and Local Government Units, implements the Food for School Program and other supplementary feeding schemes ... [for] poor and vulnerable/food insecure provinces nationwide. Complementing such efforts is the strengthening of the implementation of the school-community food production under the *Gulayan sa Paaralan* project ... tied up with the “Programang Agrikultura Para Sa Masa” of the Department of Agriculture...”²³ At this juncture, the GPP was again raised to a higher level of functionality in addressing the issues and challenges relative to food and nutritional security but this time in convergence with the DA’s flagship program that of *Programang Agrikultura Para sa Masa*. It appears that the convergence of this program is actually in response to the cornerstone concept underlying human security, which is that

16 Presidential Decree No. 491, s. 1974, *Creating a National Nutrition Council and for Other Purposes*, accessed March 15, 2017 <http://www.gov.ph/1974/06/25/presidential-decree-no-491-s-1974/>.

17 Department of Education Culture and Sports, *Guidelines for the Implementation of the Education Sector Contingency Plans for All Levels*, accessed March 25, 2017 <http://www.deped.gov.ph/orders/do-1-s-1991>.

18 *Guidelines for the Implementation of the Education Sector Contingency Plans for All Levels*.

19 *Guidelines for the Implementation of the Education Sector Contingency Plans for All Levels*.

20 Department of Education Culture and Sports. *Establishing Every School Within a Garden*, accessed March 26, 2017 <http://www.deped.gov.ph/sites/default/files/order/2010/DO%20No.%2082,%20s.%202010.pdf>

21 *Establishing Every School Within a Garden*.

22 *Establishing Every School Within a Garden*.

23 *Establishing Every School Within a Garden*.

of building potential synergies as well as to avoid that one project might be undermined by the other²⁴. On this consideration, there is now basis to assert that the evolution of the GPP into a permanent strategy in addressing the challenges in food and nutritional security that the Philippine Republic is facing could be attributed to its effectiveness.

However, it must be underscored that the DA in response to this DepEd policy likewise enunciated a policy along this line²⁵. Nonetheless, the said DA policy was oriented in the “promotion of integrated backyard gardening, conduct of capability building, and provision of initial seeds/plant materials, livestock and fish fingerlings to families living in the country’s most vulnerable rural communities”²⁶.

In the succeeding year of 2008, DepEd enunciated another reinforcing policy. This time it advocated “the planting of malungay (*moringa oleifera*) trees nationwide as an answer to hunger, poverty, and malnutrition”²⁷. More importantly, the policy was designed to “sustain in-school feeding of children with low cost nutritious foods”²⁸. With this policy pronouncement, it opened up the opportunity of promoting underutilized indigenous food resources that are abundant in the locality. Hence, this unlocks the prospect of neglected and underutilized traditional and indigenous vegetables to be incorporated in GPP, which of course can be packaged as an entry point wherein sustainable agricultural practices can be propagated at the level of school gardening.

Furthermore, in 2013 DepEd made another policy pronouncement²⁹. This time it cemented the partnership of DepEd through its Health and Nutrition Center

(HNC) with the Department of Agriculture’s Bureau of Plant Industry (DA-BPI) in order to “address malnutrition and promote vegetable production and consumption among children”³⁰. This policy sanctioned all public elementary and secondary schools in the Philippines to implement GPP. The implementation of this policy was based on the following priorities: prevalence of malnutrition in the locality where the school is situated, high incidence of poverty in the area, beneficiaries of *Pantawid Pamilyang Pilipino Program* (4Ps) – Conditional Cash Transfer Beneficiaries, and academic performance of school below 75% proficiency level and, presence of operational stakeholders³¹. This policy, however, further reinforced the necessary conditions wherein the underutilized traditional and indigenous vegetables can

be packaged for the introduction of sustainable agricultural practice. Nonetheless, this remains to be seen in future policy pronouncements.

Thus, in 2015 DepEd issued the implementing guidelines of the GPP³², which took off from the aforementioned policy. This policy, however, became more explicit in relation to sustainable agricultural practices that must be incorporated in the conduct of GPP. As stated in its general objective:

“Promote food security in schools and communities through self-help food production activities and values among learners and *appreciation of agriculture as a life support system*”³³ (underscoring added). To achieve this, the implementing guidelines of the policy clearly stipulated the strategy of sustaining GPP³⁴, which is as follows:

a) Capacity Building DepEd shall coordinate with the DA in the conduct of trainings.

A standardized training module shall be adopted in all regions that will cover topics on vegetable productions, container and backyard gardening for schools in

24 FAO, *Guide for Policy and Programmatic Actions at Country Level to Address High Food Prices*, Rome: 2011.

25 Department of Agriculture, *Guidelines on the Implementation of Programang Gulayan ng Masa Tungo sa Kanayunang Malusog at Busog sa Pagasa (A Family Farm Program)*, accessed March 30, 2017 http://www.oocities.org/zambo_da9/gulayan_sa_masa.html.

26 *Guidelines on the Implementation of Programang Gulayan ng Masa Tungo sa Kanayunang Malusog at Busog sa Pagasa (A Family Farm Program)*.

27 Department of Education. *Planting of Malungay Trees in School*, DepEd Memorandum 234 s. 2008, accessed March 23, 2017 http://www.deped.gov.ph/sites/default/files/memo/2014/DM_s2008_234.pdf.

28 *Planting of Malungay Trees in School*.

29 Department of Education, *Implementation of the Health and Nutrition Center (HNC) – Funded Gulayan sa Paaralan Program Assisted by the Department of Agriculture-Bureau of Plant Industry (DA-BPI)*, accessed March 30, 2017 http://www.deped.gov.ph/sites/default/files/memo/2013/DM_2013_191.pdf.

30 *Implementation of the Health and Nutrition Center (HNC) – Funded Gulayan sa Paaralan Program Assisted by the Department of Agriculture-Bureau of Plant Industry (DA-BPI)*.

31 *Implementation of the Health and Nutrition Center (HNC) – Funded Gulayan sa Paaralan Program Assisted by the Department of Agriculture-Bureau of Plant Industry (DA-BPI)*.

32 Department of Education, *Implementation of the Department of Education (DepEd) Funded Gulayan sa Paaralan Program (GPP) for School Year (SY) 2015-2016* accessed March 27, 2017. http://www.deped.gov.ph/sites/default/files/memo/2015/DM_s2015_089.pdf

33 *Implementation of the Department of Education (DepEd) Funded Gulayan sa Paaralan Program (GPP) for School Year (SY) 2015-2016*.

34 *Implementation of the Department of Education (DepEd) Funded Gulayan sa Paaralan Program (GPP) for School Year (SY) 2015-2016*.

the urban areas, organic fertilizer, and seed production and storage³⁵. With this capacity-building component, it now appears that GPP is open to innovative but sustainable agricultural practices. In the same manner, the vision of making the schools through the GPP a conduit in which human security, social protection and safety nets, could commence in order to achieve food and nutritional security is now on the process of being concretize at the local level.

b) Sustainability of School Gardens

a. Each school shall have at least a minimum of 200 square meters area. For schools without available space, they can adopt container gardening³⁶.

b. Schools are encouraged to adopt the “crop museum” in order to promote crop diversification and sufficiency on the supply of seeds and seedlings³⁷. By encouraging schools to adopt crop museum, another innovative and sustainable agricultural practice is being explicitly endorsed.

c. Starter seeds shall include preferred vegetables seeds, which can help address malnutrition problems in schools, such as leguminous vegetables, root crops, and leafy green vegetables³⁸. These are nutritious but low-cost and mostly indigenous type of vegetables, which are abundant in all school’s locality in the country.

d. The school and community shall be responsible for the establishment and maintenance of school gardens as well as the production of seeds for the next cropping³⁹. Here, community empowerment is being implied so that GPP can flourish and become sustainable. More so, it creates a sense of ownership of the GPP by the community particularly the parents whose children are studying in the school.

e. School gardens shall be continuously maintained and sustained thru establishment of nurseries, seed production in partnership with stakeholders⁴⁰. This can be

stated as another approach in achieving sustainability of GPP.

f. School gardens should be secured to protect the crops from stray animals⁴¹.

g. Each school is encouraged to develop and improve their own garden tools⁴². This is a form of maximizing innovativeness in view of tight budgetary considerations.

h. Organic fertilizers and inputs will be used to enhance soil fertility and improve production yield. Organic inputs may consist of animal wastes (chicken dung), crop residues, food wastes, vermicast, etc.⁴³

i. Each school shall involve the Parent Teachers Association and stakeholders to conduct and maintain the school garden every summer as a measure to sustain the garden and to prepare for the opening of the school year⁴⁴. This approach is now being conducted every beginning of the school year through the Brigada Eskwela⁴⁵.

c) Utilization of the garden yields Garden produced shall be used primarily for feeding however; excess vegetables may be sold for generating income to buy other ingredients for feeding and other planting needs⁴⁶. If the GPP can be scaled up, this approach in attaining sustainability can be further expanded thereby making it a community-supported agriculture via subscription farming. In the same vein, it is on this line that weekend markets, farmers’ markets, food exchanges and packing centers, can be initiated in the community. These will all lead to the establishment of a local food system that will benefit both the schools and its community, hence, assuring food and nutritional security to the people in the community, where the school is situated.

d) Advocacy campaigns

35 *Implementation of the Department of Education (DepEd) Funded Gulayan sa Paaralan Program (GPP) for School Year (SY) 2015-2016.*

36 *Implementation of the Department of Education (DepEd) Funded Gulayan sa Paaralan Program (GPP) for School Year (SY) 2015-2016.*

37 *Implementation of the Department of Education (DepEd) Funded Gulayan sa Paaralan Program (GPP) for School Year (SY) 2015-2016.*

38 *Implementation of the Department of Education (DepEd) Funded Gulayan sa Paaralan Program (GPP) for School Year (SY) 2015-2016.*

39 *Implementation of the Department of Education (DepEd) Funded Gulayan sa Paaralan Program (GPP) for School Year (SY) 2015-2016.*

40 *Implementation of the Department of Education (DepEd) Funded Gulayan sa Paaralan Program (GPP) for School Year (SY) 2015-2016.*

41 *Implementation of the Department of Education (DepEd) Funded Gulayan sa Paaralan Program (GPP) for School Year (SY) 2015-2016.*

42 *Implementation of the Department of Education (DepEd) Funded Gulayan sa Paaralan Program (GPP) for School Year (SY) 2015-2016.*

43 *Implementation of the Department of Education (DepEd) Funded Gulayan sa Paaralan Program (GPP) for School Year (SY) 2015-2016.*

44 *Implementation of the Department of Education (DepEd) Funded Gulayan sa Paaralan Program (GPP) for School Year (SY) 2015-2016.*

45 Department of Education, *Launching Brigada Eskwela Plus and Directing Selected Public Schools to Volunteer in this Community Involvement in Education Initiative*, accessed March 29, 2017 <http://www.deped.gov.ph/orders/do-100-s-2009>

46 *Implementation of the Department of Education (DepEd) Funded Gulayan sa Paaralan Program (GPP) for School Year (SY) 2015-2016.*

a. The nutritional dimension of food production and related messages shall be taught to learners through integration in appropriate subject areas⁴⁷. It is on this aspect that makes the school a conduit in which human security and social protection and safety nets can be concretized at the local-level. Hence, such can be called as a community-based human security and social protection and safety nets.

b. The efforts to increase vegetable productions and consumptions shall be vigorously pursued through quad media like print broadcast, TV and social media⁴⁸. One way of gaining support is through this approach, which this policy has institutionalized.

c. Poster making, slogan writing and cooking contests can also be conducted at the school level during Health and Nutrition month celebrations. This is to create awareness among learners and other stakeholders⁴⁹. On the level of children and adult, this is another viable approach to raise and sustain the awareness of the community on the significant of the GPP.

e) Searches and Awards To give recognition to the best implementers of GPP, a yearly search for outstanding teachers and Best Implementers will be conducted. This is an avenue to highlight best practices of the GPP, which then could be adopted and replicated⁵⁰.

f) Partnerships here is understood that “[b]y working cooperatively with partners the GPP can result in greater impact, reform, and sustainability. The DepEd will work will work with partner-stakeholders in the national, provincial, city and/or municipality levels (LGUs, NGOs, CSOs and other private sector groups) that will maintain the school garden year-round. Partnerships provide better opportunities to harness the strengths and competencies of each other. It can also help in finding ways of doing things to achieve a more efficient program implementation. As a rule, a memorandum of agreement/understanding with partners must be done covering the operation on the implementation of GPP”⁵¹.

g) Best practices shall be documented for possible adoption in other school. That is, bio-intensive gardening, multiple cropping system, organic farming, nursery establishment and management, composting, container/urban gardening, among others⁵².

Accordingly, in 2016 the DepEd issued department memorandum that reinforces the aforementioned 2015 memorandum⁵³. The overall objective of this memorandum was to strengthen the implementation of the Gulayan sa Paaralan Program in public elementary and secondary schools nationwide “to address malnutrition, and promote vegetable production and consumption among school children”⁵⁴. Furthermore, the memorandum was “issued to

sustain school gardens, not only to attain a 63% sustainable garden ... but also

to establish gardens in all schools nationwide”⁵⁵. At the same time, it reiterated the overall objective of the GPP, which “is to promote food security in schools and communities....”⁵⁶

In view of the abovementioned strategies of sustaining GPP, it appears that the policy-framework that could support the introduction of sustainable agriculture in the context of school gardening in the Philippines, has now emerged. At the same time, this latest policy issuance, caps the policy-framework in which the schools became a conduit through GPP in attaining food and nutrition security in the community.

3. METHODS FOR COLLECTING AND ANALYZING LITERATURE

This is a conceptual paper based on a review of policies from the period 1975 to 2017, which the De-

layan sa Paaralan Program (GPP) for School Year (SY) 2015-2016.

52 *Implementation of the Department of Education (DepEd) Funded Gulayan sa Paaralan Program (GPP) for School Year (SY) 2015-2016.*

53 Department of Education, *Strengthening the Implementation of the Gulayan sa Paaralan Program in Public and Secondary Schools Nationwide*, accessed March 31, 2017 http://www.deped.gov.ph/sites/default/files/memo/2016/DM_s2016_223.pdf

54 *Strengthening the Implementation of the Gulayan sa Paaralan Program in Public and Secondary Schools Nationwide.*

55 *Strengthening the Implementation of the Gulayan sa Paaralan Program in Public and Secondary Schools Nationwide.*

56 *Strengthening the Implementation of the Gulayan sa Paaralan Program in Public and Secondary Schools Nationwide.*

47 *Implementation of the Department of Education (DepEd) Funded Gulayan sa Paaralan Program (GPP) for School Year (SY) 2015-2016.*

48 *Implementation of the Department of Education (DepEd) Funded Gulayan sa Paaralan Program (GPP) for School Year (SY) 2015-2016.*

49 *Implementation of the Department of Education (DepEd) Funded Gulayan sa Paaralan Program (GPP) for School Year (SY) 2015-2016.*

50 *Implementation of the Department of Education (DepEd) Funded Gulayan sa Paaralan Program (GPP) for School Year (SY) 2015-2016.*

51 *Implementation of the Department of Education (DepEd) Funded Gu-*

DepEd officially made with regards to GPP. These policies were accessed by visiting the DepEd website in which Department Orders and Department Memoranda were being archived. The word “Gulayan” served as the key word in generating pertinent policies relative to the Gulayan sa Paaralan Program.

4. DISCUSSION

The reviewed literatures or policies were useful for understanding the topic for this conceptual paper. As a result, the literature enabled me to answer the two inquiry questions mentioned in the statement of the problem.

INQUIRY QUESTION 1: *What are the different policies enunciated by the Philippine Government that undergirds GPP, and what are its implication in the fight against hunger and malnutrition?*

FINDING 1:

Every policy pronouncements have bearings in the circumstances in which it arose. This could be the reason why all the policies that were mentioned earlier are best understood using the theoretical lens of human security, social protection and safety nets intervention. The policy pronouncements that were mentioned could be considered as the policy-framework that mirrors the dynamic connection between human security, social protection and safety nets, and food and nutrition security in the context of Gulayan sa Paaralan Program.

The overall policy-framework could be reconstituted based on the policies that were mentioned earlier, which are as follows:

a) Presidential Letter of Instruction No. 248, s. 1975 also known as “Gulayan Sa Kalusugan” (The national vegetable production program in the Philippines).

b) Department Order 1, s. 1991 – “Guidelines for the Implementation of the Education Sector Contingency Plans for All Levels”. This was issued by the Department of Education Culture and Sports (DECS), which was the precursor of the present Department of Education (DepEd).

c) Memorandum No. 77, s. 1995 – *Establishing Every School Within A Garden* of the Department of Education Culture and Sports.

d) Department Memorandum No. 293, s. 2007 - *Gulayan sa Paaralan* of the Department of Education.

e) Department Memorandum No. 234, s. 2008 – *Planting of Malungay Trees in School* of the Department of Education.

f) Administrative Order No. 11, s. 2006. – *Guidelines on the Implementation of Programang Gulayan ng Masa Tungo sa Kanayunang Malusog at Busog sa Pagasa (A Family Farm Program)* of the Department of Agriculture.

g) Department Memorandum No. 191, s. 2013 – *Implementation of the Health and Nutrition Center (HNC) – Funded Gulayan sa Paaralan Program (GPP) Assisted by the Department of Agriculture-Bureau of Plant and Industry (DA-BPI)* of the Department of Education.

h) Department Memorandum No. 89, s. 2015 – *Implementation of the Department of Education (DepEd) Funded Gulayan sa Paaralan (GPP) for School Year 2015-2016* of the Department of Education.

i) Department Memorandum No. 223, s. 2016 – *Strengthening the Implementation of the Gulayan sa Paaralan Program in Public Elementary and Secondary Schools Nationwide* of the Department of Education.

Taken as in its entirety, these policies laid down the policy-framework that could address the challenges and issues of food and nutritional security. Addressing the broad range of food and nutritional insecurities faced by vulnerable communities entails protection of “the vital core of all human lives in ways that enhance human freedoms and human fulfillment”⁵⁷, which of course is the central point of human security. To put it a little differently, hunger and malnutrition, which are essentially the two primary issues, which the policy-framework had to deal with, are vital for human life. Hence, the proliferation of hunger and malnutrition in our communities connote a restriction or are even detrimental to human freedom and human fulfillment. Therefore, the policy-framework that was laid down can integrally deal with issues and its ramifications in the areas of food and nutritional security that the Philippine Republic is now facing.

As implied in the review of literature, the Gulayan sa Kalusugan Program (or the National Vegetable Production Program of the Philippines) of Pres. Ferdinand

57 *Human Security in Theory and Practice: An Overview of the Human Security Concept*, 5.

Marcos is best understood as a social protection policy. Specifically against the "effects of seasonal fluctuations of supply and prices"⁵⁸ while at the same time "as safety nets in the uncertainties of future prices by means of contract purchasing arrangements for future delivery of vegetables and food crops"⁵⁹. This policy could be considered as the first stone to be laid, so to say, in order to evolve an overall policy-framework that could address food and nutrition security will evolve. However, the policy enunciated by Pres.

Ferdinand Marcos did not only recognize the necessities of food security but I also provided a two-pronged approach in fighting hunger and malnutrition by way of a national vegetable production program. As a result, the policy created new dynamics wherein it becomes necessary for GPP to be tied up with the government's nutrition programs. Consequently, it sets the tone for succeeding policies in addressing food security and malnutrition. Not only that, it placed into a clearer perspective the manner in which the Philippine government will handle issues and challenges on food and nutritional security. Nevertheless, the relevance of the policy with its concomitant approaches and strategies will be irrelevant for setting up transnational agenda in fighting hunger worldwide, if its best practices and success stories could not be disseminated and replicated worldwide.

Along the same lines, the aforementioned policies were not promulgated out of nowhere but rather they were crafted in response to concrete issues and challenges facing the nation in a given historical moment. For instance, the promulgation of Pres. Marcos of the *Gulayan sa Kalusugan Program* was in response to the effect of the oil crisis of the '70s. In the same manner, the 1991 policy pronouncement of the Department of Education Culture and Sports (DECS) that incorporates the *Gulayan sa Paaralan* as part of the education sector contingency plans was in the context of the Gulf crisis in the Middle East that caused alarm and insecurity to the Filipino people of that time. Likewise, the succeeding policy pronouncements were responses to the 2008 financial crisis that resulted to the increasing incidence of hunger and malnutrition especially the poor and children. All such crises convey a message of mishandling

of policies and misgovernment that impacted all areas of human security. However, it was also through these crises that fortified the resolve towards a new dynamics of regional and global networks in order to fight hunger and malnutrition. An example of this was the conference on the promotion of indigenous food resources for food security and nutrition in Asia and the Pacific⁶⁰ spearheaded by the Food and Agriculture Organization (FAO) of the United Nation. Through this kind of conference, international institution, that is, the FAO was able to gather stakeholders thereby created different networks for food and nutrition security. While at the same time, the conference initiated the creation of multiple channels of communication that can facilitate the sensitization of the participant's respective governments and their civil society organizations and non-government organizations, whose thrust is in the area of food and nutrition security. In this way, a concerted front is being created in fighting hunger and malnutrition. Moreover, in such kind of conference it provides incentives in which to share knowledge on different models of zero hunger actions, which must be adopted and to document such knowledge for further dissemination. With that, a possible bilateral or even a triangular cooperation can be initiated in fighting hunger.

On one hand, the aforesaid conference that FAO initiated had another ramification particularly on the design and implementation of SDG 2 viz. *Achieving zero hunger*. The output of the conference denote that the fight against hunger demands concerted efforts at the global level while at the same time such effort must be anchored on specific strategies and innovative approaches relative to the cultural idiosyncrasies at the national level. On the case of the Philippines, the institutions that underpinned said policies are the DA and the DepEd. They were on the forefront in the allocation of resources in addressing the issues pertaining to food security, fighting hunger, and malnutrition in the community. The convergence of the resources of these two institutions expedited the implementation of GPP as the strategy in addressing hunger and malnutrition.

In general, the policy-framework that resulted out of these various policy pronouncements have now defined the school as a significant or the ideal place to kick

58 *Gulayan Sa Kalusugan (The National Vegetable Production Program in the Philippines)*.

59 *Gulayan Sa Kalusugan (The National Vegetable Production Program in the Philippines)*.

60 Food and Agriculture organization, *Promotion of Underutilized indigenous Food Resources for Food Security and Nutrition in Asia and the Pacific*, Bangkok, 2014 (ISBN 978-92-5-108237-9).

off program/project that will lead in the institutionalization of a community food basket in fighting hunger and malnutrition in the community using innovative but sustainable agricultural practices. On this premise, the policy-framework posited that GPP needed to continue production not only during the annual 120 days of SBFP but throughout the entire year, hence, scaling it up into a new level of functionality.

With this, the schools surplus must find its way in the local markets as add-on income of the school. This is supported by the fact that schools are now empowered to raise its own sources of funding by virtue of Republic Act 9155 that mandated the DepEd to implement the School-Based Management⁶¹ (SBM) program. The SBM can be used as facilitating factor in the marketing of vegetable production that will result in the scaling up of GPP. As this suggests, this necessitates the creation of network of schools as the umbrella of all schools producing veggies. This must be done with backing from the community, stakeholders, and the private sector. In this way, the schools in a given schools division will have greater advantage in marketing their produce in volume to local markets and local businesspersons. This is one way of eradicating hunger in the community by using the schools as pivot. The schools serving as the pivot within the locality is a crucial strategy for such a program because it will create a movement within the community that will promote weekend markets, farmers' markets, food exchanges and packing centers as well as community-supported gardening, whose produce is patronize in the community. Eventually, this will all lead to the establishment of a local food system that will benefit both consumers and producers within the locality or community.

Furthermore, the feasibility of using the school became more practical in view of the fact that a policy-framework that institutionalized GPP is already in place, therefore, suggestive that the schools are operationally viable for such a program intervention in addressing hunger and malnutrition in the community. Finally, it is also in schools in which the necessary structure for knowledge disseminations are in place that can propel innovation in sustainable food production at the level

of school gardening.

INQUIRY QUESTION 2: Is the policy-framework that resulted from these policy pronouncements able to demonstrate the interaction between the concept of human security, social protection and safety nets, and food and nutritional security?

FINDING 2: Now, given the fact that explicit in the policy-framework is that the school through the GPP is the locus in fighting hunger and malnutrition, this only mirrors the significant role the schools have to play in the fight against hunger and malnutrition. Besides, what seems unique in these policies with regards to the concepts of human security, social safety nets, and food and nutritional security is that the school serves as the tangible conduit in which the concrete realization of these concepts can be initiated and propelled.

The concept of human security cuts across different aspects of human life⁶². As such, it encompasses issues that delve in the area of food security, which is of course vital for the existence of human life. However, the concept of social safety nets is also an important component of any comprehensive strategy in fighting hunger and malnutrition so that human freedom and human fulfillment can be attained. On this consideration, the abovementioned policy-framework was actually social safety nets in which the components of the strategy of the Philippine government in fighting hunger and malnutrition by way of attaining food and nutritional security through GPP is embedded.

The interaction between human security and social safety nets in relation to the policy-framework is an important consideration that must be discerned. This interaction can be described in this manner. That is, human security can be likened to a foundational stone on which the policy-framework, the result of all those policies mentioned above, found its footing. From the notion of human security emanates various social protection policies, thereby creating safety nets intervention in the form of Gulayan sa Paaralan Program as the means of protecting the vulnerable segments of our society.

61 Republic Act No. 9155. *An Act Instituting a Framework of Governance for Basic Education, Establishing Authority and Accountability, Renaming the Department of Education, Culture and Sports as the Department of Education, and for Other Purposes*, accessed March 31, 2017 <http://www.gov.ph/2001/08/11/republic-act-no-9155/>.

62 *Human Security in Theory and Practice: An Overview of the Human Security Concept*, 6.

5. CONCLUSIONS

To conclude, from the vantage point of the research theoretical perspective, the policies that were reviewed indeed had shown the policy-framework in which the school through Gulayan sa Paaralan Program can be a potential factor in the Philippine government's fight against hunger and malnutrition. However, such a potential remains to be seen, that is, if the Gulayan sa Paaralan Program can be scaled up, as a community food basket within the locality in the school is located. Such envisaged project is particularly viable in schools in the rural areas, where vast tract of school lands remains uncultivated, and where high incidence of hunger and malnutrition can be found.

On the other hand, using the same theoretical lens, the research was able to discern that mirrored in this policy-framework and concretized by the Gulayan sa Paaralan Program are the dynamic interaction of the concepts of human security, social protection and safety nets, and food and nutrition security.

6. RECOMMENDATIONS FOR FUTURE RESEARCH

For future research, a quantitative and qualitative approach is to be conducted to obtain data on how the policy-framework can be harnessed. In so doing, GPP with the use of sustainable agricultural practices can be scaled up into a community *food basket* in fighting malnutrition and hunger in the locality where the school is situated. This is a participatory research in which active involvement by the teachers, school administrators, the community, and stakeholders are required. A combination of quantitative and qualitative method would be needed in order to address the research question: "Through sustainable agricultural practices, and with participation from community stakeholders, can GPP be scaled up into a community food basket in view of the fact that the policy-framework is now in place?"

The procedures for conducting the research have to be participatory in nature so that community and stakeholder participations can be maximized; and, likewise, create a sense of ownership to all those involved in the research. The research output is in the form of a project intervention. This project intervention would be the first of its kind considering that it aims towards

making the school through the GPP a community food basket. The overall objective is the utilization of vast tracts of uncultivated areas specifically found and available in schools situated in the rural areas, which also have high incidence of food and nutrition insecurity. By first targeting the schools in the rural area, the prospect of such a research-project BECAME more viable to BECOME a success.

Finally, in the conduct of this action research, it would be imperative that criteria be established in choosing which schools in the rural area could take part in the study. The criteria must be obtained through consultation with schools division administrators, principals, teachers and members of the parent-teachers associations. A minimum of one school per school district must take part in the research. The subsequent best practices that will then be identified must be replicated and scaled up.

REFERENCES

- Cohn, Steven Mark. *Reintroducing Macroeconomics: A Critical Approach*. Oxford: Routledge, 2006 (ISBN 0-7656-1450-2).
- Department of Agriculture. *Guidelines on the Implementation of Programang Gulayan ng Masa Tungo sa Kanayunang Malusog at Busog sa Pagasa (A Family Farm Program)*. http://www.oocities.org/zambo_da9/gulayan_sa_masa.html (accessed March 30, 2017).
- Department of Education. *Implementation of School-Based Feeding Program(SBFP) for School Year (SY) 2015-2016*. DepEd Order No. 33, s. 2015. <http://www.deped.gov.ph/orders/do-33-s-2015> (accessed March 31,2017).
- Department of Education Culture and Sports. *Guidelines for the Implementation of the Education Sector Contingency Plans for All Levels*. <http://www.deped.gov.ph/orders/do-1-s-1991> (accessed March 25,2017).
- Department of Education Culture and Sports. *Establishing Every School Within a Garden*. <http://www.deped.gov.ph/sites/default/files/order/2010/DO%20No.%2082,%20s.%202010.pdf> (accessed March 26,2017).
- Department of Education. *Planting of Malungay Trees in School*. DepEdMemorandum 234 s. 2008. http://www.deped.gov.ph/sites/default/files/memo/2014/DM_s2008_234.pdf (accessed March 23, 2017).

- Department of Education. *Implementation of the Health and Nutrition Center(HNC) – Funded Gulayan sa Paaralan Program Assisted by the Department of Agriculture-Bureau of Plant Industry (DA-BPI)*. http://www.deped.gov.ph/sites/default/files/memo/2013/DM_2013_191.pdf(accessed March 30, 2017).
- Department of Education. *Implementation of the Department of Education(DepEd) Funded Gulayan sa Paaralan Program (GPP) for School Year (SY)2015-2016*. http://www.deped.gov.ph/sites/default/files/memo/2015/DM_s2015_089.pdf (accessed March 27, 2017).
- Department of Education. *Launching Brigada Eskwela Plus and Directing Selected Public Schools to Volunteer in this Community Involvement in Education Initiative*. <http://www.deped.gov.ph/orders/do-100-s-2009>(accessed March 29, 2017).
- Department of Education. *Launching Brigada Eskwela Plus and Directing Selected Public Schools to Volunteer in this Community Involvement in Education Initiative*. <http://www.deped.gov.ph/orders/do-100-s-2009> (accessed March 29, 2017).
- Department of Education. *Strengthening the Implementation of the Gulayan sa Paaralan Program in Public and Secondary Schools Nationwide*. http://www.deped.gov.ph/sites/default/files/memo/2016/DM_s2016_223.pdf (accessed March 31, 2017).
- Devereux S., Sabates Wheeler R., and Guenther B. *Linking Social Protection and Support to Small Farmer Development*. Rome: A paper commissioned by FAO, 2008.
- Dharam Ghai. *Basic Needs and its Critics*. *Institute of Development Studies*. 9(4), 1978, 16–18, (doi:10.1111/j.1759-5436.1978.mp9004004.x).
- FAO. *Guide for Policy and Programmatic Actions at Country Level to Address High Food Prices*. Rome: 2011.
- FAO. *Promotion of Underutilized indigenous Food Resources for Food Security and Nutrition in Asia and the Pacific*. Bangkok: 2014 (ISBN 978-92-5-108237-9).
- ILO, WHO. *Social Protection Floor Initiative. Manual and Strategic framework for Joint UN Country Operations*. Geneva: Developed by the Group of Co-operating Agencies and Development Partners, 2009.
- James, Paul. *Post-Dependency: The Third World in an Era of Globalism and Late Capitalism, Alternatives: Social Transformation and Human Governance*, 22 (2), 1997, 205–26.
- LGU Tagum Institutionalized Gulayan sa Paaralan. <http://www.tagumcity.gov.ph/2014/03/lgu-deped-tagum-institutionalize-gulayan-sa-paaralan/>(accessed March 24, 2017).
- Palma, J.G., *Structuralism*, The New Palgrave: A Dictionary of Economics, v. 4, 1987, 527-531.
- Presidential Letter of Instruction No. 248, s. 1975. *Gulayan Sa Kalusugan (The National Vegetable Production Program in the Philippines)*. <http://www.gov.ph/1975/01/30/letter-of-instruction-no-248-s-1975/>(accessed March 16, 2017).
- Presidential Decree No. 491, s. 1974. *Creating a National Nutrition Council and for Other Purposes*. <http://www.gov.ph/1974/06/25/presidential-decree-no-491-s-1974/> (accessed March 15, 2017).
- Republic Act No. 9155. *An Act Instituting a Framework of Governance for Basic Education, Establishing Authority and Accountability, Renaming the Department of Education, Culture and Sports as the Department of Education, and for Other Purposes*. <http://www.gov.ph/2001/08/11/republic-act-no-9155/>(accessed March 31, 2017).
- Strengthening the School Nutrition Program in the Philippines*. <https://schoolnutritionphils.wordpress.com/> (accessed March 31, 2017).
- The World Vegetable Center. *Fresh: News from AVRDC*. Tainan: July 15, 2011.
- United Nation-Human Security Unit. *Human Security in Theory and Practice: An Overview of the Human Security Concept*. http://www.un.org/humansecurity/sites/www.un.org/humansecurity/files/human_security_in_theory_and_practice_english.pdf (accessed March 10, 2017).

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Incentivising smallholder farmer livelihoods and constructing food security through home-grown school feeding: evidence from Northern Ghana

Incentivando os meios de subsistência dos pequenos agricultores e construindo a segurança alimentar através da alimentação escolar doméstica: evidências do Norte da Gana

Clement Mensah

Incentivising smallholder farmer livelihoods and constructing food security through home-grown school feeding: evidence from Northern Ghana*

Incentivando os meios de subsistência dos pequenos agricultores e construindo a segurança alimentar através da alimentação escolar doméstica: evidências do Norte da Gana

Clement Mensah**

ABSTRACT

Globally, a new school feeding paradigm is emerging; one that incentivises smallholder farmers' access to reliable markets and boosts their incomes. Drawing on the Ghana School Feeding Programme and Netherlands Development Organisation's (SNV) Grain Banks initiative, this paper finds that besides accounting for about half of households' farm income, the grain banks approach has a strong potential for boosting farm households food security.

Keywords: Home-grown school feeding Smallholder farmers Market access Food security

RESUMO

Um novo paradigma global de alimentação escolar está emergindo que incentive o acesso dos pequenos agricultores a mercados confiáveis e aumente a sua renda. Baseando-se no Programa de Alimentação Escolar de Gana e na iniciativa dos Bancos de Grãos da Holland Development Organisation (SNV), este artigo conclui que, além de representar metade da renda das famílias, a abordagem dos bancos de grãos tem um forte potencial para aumentar a segurança alimentar das famílias.

Palavras-chave: alimentação escolar doméstica; pequenos agricultores; acesso ao mercado; segurança alimentar

1. INTRODUCTION

Over the last decade, school feeding has emerged as an indispensable safety net world-wide. Whether in the form of in-school feeding or take-home ration, school feeding programmes bring significant benefits to

* Recebido em: 03/02/2019
Aprovado em: 26/02/2019

In November 2016, the World Food Programme Centre of Excellence against Hunger in Brazil (WFP CoE) completed five years of existence. Since its foundation, the Centre of Excellence has been working to build countries' capacities to fight hunger and malnutrition through South-South and Triangular Cooperation, further contributing to achieve the Sustainable Development Goals (SDGs). In order to celebrate its anniversary, the WFP CoE, in partnership with the University Centre of Brasilia (UniCEUB), launched a contest for researchers working with food and nutrition security (FNS) and related areas. This paper came fifth in the anniversary contest. It was considered a valuable contribution to research in FNS and to WFP's purpose of achieving Zero Hunger worldwide.

** PhD Candidate in Development Studies Institute for Social Development, University of the Western Cape. E-mail: mcashine@gmail.com

children's overall development.¹ Aside from guaranteeing children's right to food as enshrined in the International Human Rights Declaration, school feeding programmes form part of a broader policy effort for assuring food and nutritional security, improving health as well as making an important contribution to educational outcomes.²

Across the developing world however, a new school feeding paradigm is emerging, one that purports to address the twin challenges of poverty and food and nutrition insecurity amongst smallholder farmers and their families while underscoring the need for greater policy complementarity between food transfers and smallholder agriculture. That, by adopting a local purchase approach for foodstuffs used in the delivery of school feeding interventions, smallholder farmers' access to reliable markets increases which, in turn, translates into increased incomes and guarantees them secured livelihoods.³ This new paradigm to school feeding, referred to as home-grown school feeding, is making inroads in developing countries particularly in Africa. Given its high prospects for boosting local food production and improving farmer livelihoods, African governments, with support from organizations such as the New Partnership for Africa's Development and Food and Agriculture Organization, World Food Programme, and the International Fund for Agricultural Development are transitioning their conventional school feeding schemes into home-grown ones.

The transition to home-grown school feeding (HGSP) in low and middle income countries is already making inroads in expanding markets for smallholder farmers, who, paradoxically, make up the majority of the poor and food insecure worldwide.⁴ Ghana, like many other African countries, has reformed its national school feeding programmes to accommodate the HGSP model. The Ghana School Feeding Programme (GSFP) was originally launched in 2005 with a three-fold objective of increasing school enrolments levels, improving food security and reducing malnutrition as well as boosting local food production. While signifi-

cant gains have been made in terms of educational and nutrition outcomes⁵, the agricultural production component of the GSFP, which encourages the use of locally produced food by smallholder farmers, is yet to take root.⁶ A study by Ernst and Young⁷ showed limited evidence of smallholder farmer involvement in the implementation of the GSFP.

While the 'home-grown' element of the GSFP struggles to stay afloat, some development partners like the Netherlands Development Organization (SNV), together with other local non-governmental organizations, are partnering with local governments to strengthen these school feeding and agriculture linkages. For example, SNV, through its grain banks initiative, is facilitating smallholder farmers' access to school feeding market in the Sissala East District of the Upper West region of Ghana.

Amidst these developments, however, research that investigates how such collaborative efforts are increasing smallholders' access to stable markets and triggering livelihood transformation amongst farmers and their dependents is limited.⁸ In Ghana, this assertion still holds true as empirical evidence on the impact of school feeding on local farmers is nearly non-existent. Thus, the objective of this paper is two-fold: first, it examines the extent to which the SNV grain banks initiative is incentivising local farmers' access to the GSFP market; second, it assesses how local farmers' access to GSFP market through the grain banks initiative is helping them construct food and nutritional security for themselves and their families.

2. SMALLHOLDER FARMER LIVELIHOODS AND HOME-GROWN SCHOOL FEEDING

While smallholder farming remains an important livelihood source for many across the world, the majority of these farmers continue to face numerous challenges.⁹ Despite accounting for about 87% of the world's 570

1 Bundy, 2009.

2 see Tomlinson, 2007; Adelman, Gilligan & Lehrer, 2008; Bundy, 2009; Jomaa, McDonnell & Probart, 2011; FAO, IFAD & WFP, 2014.

3 Devereux, Sabates-Wheeler & Martinez, 2010; Sumberg & Sabates-Wheeler, 2011.

4 Sanchez & Swaminathan, 2005.

5 See Government of Ghana, 2010.

6 Drake et al., 2016; Government of Ghana, 2016; ECASARD/SNV Ghana, 2009.

7 2012 cited in Drake et al., 2016.

8 Bundy, 2009; Devereux et al., 2010; Sumberg & Sabates-Wheeler, 2011; WFP, 2013; Masset & Gelli, 2013; WFP, 2015; Miranda, 2018).

9 Kiers et al., 2008; Poulton, Dorward & Kydd, 2010.

million farms¹⁰, past and current agricultural development policies have failed to adequately prioritize small and family farms. With the penchant for high agricultural productivity, most often than not, commercial farmers have found a strong place in agricultural policy; a situation that has resulted in the relegation of smallholder farmers down the list of priorities.¹¹ Low market access, poor storage, lack of credit coupled with stiff competition from commercial farmers are amongst factors that imperil smallholder farmers' productive capacity.¹²

In Ghana, like many other African countries, farming is pre-dominantly subsistent, with more than two-thirds of farms being 3 Hectares or smaller.¹³ Access to reliable markets remains a major setback for smallholder farmers in Ghana.¹⁴ Also, smallholder farmers "...produce fewer marketed crops and are less likely to sell the crops they do produce."¹⁵ For instance, in the savannah areas where the Sissala East District is located, farmers cultivating less than 3 Hectares are able to sell only 40% of maize produced as compared to 57% for those 3 Hectares or more.¹⁶ This reveals a certain level of skewness in terms of market participation. Also, the remoteness of their location from major market centres partly contributes to their limited access to output markets.¹⁷

The resulting effects of these market access challenges on the lives of smallholder farmers have been utter poverty and chronic food insecurity – making them the most vulnerable to poverty and hunger.¹⁸ In the Sissala East District, even though the food basket of the Upper West region, poverty is rife, with the 2010 population and housing census putting the share of poor people at 47.3%.¹⁹ To reverse this phenomenon, national governments, as part of their agricultural output market policies, ought to use public food procurement as a lever for increasing farmers' access to market for their produce.²⁰

It is from this reasoning that the urgency to link food

transfers such as school feeding to smallholder farmer livelihoods has emerged. That, in countries where markets for smallholders are barely existent and unstable, food-based transfers in the form of school feeding are relied upon to induce the necessary markets for local producers.²¹ Thus, HGSF is a new variant of structured demand. Such initiatives "connect large, predictable sources of demand for agricultural products to small farmers, which, in theory, reduces risk and encourages improved quality, leading to improved systems, increased income, and reduced poverty".²² HGSF combines local procurement and conventional food-for-education programmes.²³ Thus, the transition from conventional school feeding to HGSF promises to be a 'game changer' for the many hungry-poor smallholder farmers in developing countries in several respects.

In Brazil, where HGSF programmes have gained roots, significant impacts have been recorded for participating smallholder farmers. As of 2012, about 67% of states and municipalities are using part of their school feeding budget to procure foodstuffs from smallholder farmers.²⁴ Through increased access to stable markets, incomes of farmers have consequently increased, serving as an incentive for increased productivity and livelihood diversification – guaranteeing the security of farmers' livelihoods.²⁵ Thailand's School Lunch and School Milk Programmes have also embraced the HGSF model to some extent. While the School Lunch Programme lacks a clear-cut procurement arrangement, about 90% of perishable food stuffs used in preparing the meals are sourced from local farmers, with the remaining 10% sourced from urban areas.²⁶ The School Milk Programme, on the other hand, places emphasis on the need for beneficiary schools to purchase raw milk from local dairy cooperatives. Consequently, the dairy market quadrupled between the early 1990s and 2003.²⁷

In African countries like Kenya, the need to integrate smallholder farmers to school feeding programmes is gaining traction. Through local School Management Committees, Kenya's Home-Grown School Feeding Programme makes food purchases from "local farmers,

10 Lowder, Skoet & Raney, 2016.

11 Annan & Dryden, 2015.

12 see Chamberlin, 2008; Aliber and Hall, 2012; WFP, 2015.

13 Chamberlin, 2007; Molini & Paci, 2015.

14 Chamberlin, 2007; ECASARD/SNV Ghana, 2009.

15 Chamberlin et al., 2007: unpagued.

16 Ibid.

17 Chamberlin, 2008.

18 FAO, IFAD & WFP, 2014.

19 Ghana Statistical Service, 2015.

20 WFP, 2015:25.

21 Downward et al., 2006 cited in Sabates-Wheeler, 2009.

22 Mitchell, 2011 cited in Coles, 2013:1.

23 Coles, 2013.

24 Soares et al., 2013.

25 Swensson, 2015; Soares et al., 2013; Sumberg & Sabates-Wheeler 2011; FAO, IFAD & WFP 2014.

26 Kanemasu, 2007.

27 Ibid.

cooperatives and traders”.²⁸ In baseline study to examine smallholders’ involvement in HGSP programmes across three countries, it was found that in Kenya, maize and beans purchased from smallholder farmers for school meals were 585.97 and 155.36 metric tons respectively, thus providing reliable markets for the maize and beans to producers in the 11 districts where the study was undertaken.²⁹

Consequently, this study, draws on SNV’s grain banks initiative in the Sissala East District to show how HGSP schemes are nourishing markets or otherwise for local farmers as the cases presented above sought to do. Second, cognizant of the fact that communities within the catchments of the five grain banks have been victims of chronic food insecurity in past, I attempt to explore the possible pathways by which farm income realised from GSFP market through the grain banks initiative to influence farm household food consumption.

3. GHANA SCHOOL FEEDING PROGRAMME AND SNV’S GRAIN BANKS INITIATIVE

The implementation of School Feeding Programmes dates back as far as the 1950s, where Catholic Relief Services, a Non-Governmental Organization, provided free nutritious lunch to pupils of some select Catholic administered schools in northern Ghana.³⁰ Over the decades, the WFP, alongside NGOs, such as World Vision, Adventist Development Relief Agency and the Netherlands Development Organization (SNV), have supported similar initiatives particularly in northern Ghana.

Realizing the leverage these programmes brought to school enrolments and hunger reduction amongst beneficiary schools, the Government of Ghana launched the Ghana School Feeding Programme in 2005 with a three-fold objective of increasing school enrolments levels, improving food security and reducing malnutrition as well as boosting local food production. The GSFP uses a home-grown concept, where pupils in public schools in poor areas are served “one hot, nutritious meal per day”, using locally produced food crops.³¹

Even though currently the programme is not backed

by any legislative instrument, a National School Feeding Policy was launched in 2016. The overall goal of the new policy is to have a “well- organized, decentralized intervention providing disadvantaged school children with nutritionally adequate, locally produced food thereby reducing poverty through improved household incomes and effective local economic development.”³²

Piloting with one primary school from each of the ten regions in Ghana, the GSFP today supports more than 1.7 million primary and kindergarten pupils across 216 districts.³³ The GSFP operates a caterer or decentralized outsourced system, where private caterers are contracted by Metropolitan, Municipal and District Assemblies through open tendering. The program is implemented by the GSFP National Secretariat with oversight supervision from the Ministry of Local Government and Rural Development.

In the Sissala East District, implementation of the GSFP rests with the District Implementation Committee, with a District Desk Officer overseeing the day-to-day of the programme. The programme started in 2006 with only three caterers catering for 849 pupils from three schools namely Pieng Primary School, Pina Primary School and Basissan Primary School.³⁴ As of 2017, all 56 primary schools are covered by the feeding scheme with just three new kindergartens pending inclusion. This makes Sissala East one of few districts in country with almost 100% coverage. A progress report in 2013 showed that some 17,914 pupils from 56 schools were benefiting from the school feeding. Currently, 63 caterers have been engaged by Sissala East District Assembly (SEDA) to prepare school meals for the 56 schools. Prior to the initiation of SNV’s grain bank model in 2014, caterers engaged by SEDA purchased their foodstuffs especially grains mostly from the open market.³⁵

Even in cases where some procurement was made, they were largely unorganized and irregular, especially in the communities where SNV’s grain banks initiative operate now. The grain banks idea emerged as a food security response to disaster-prone communities in the Sissala East District. The grain banks which was an existing intervention by ActionAid was a food security ini-

28 Langer, 2011: 34.
29 Commandeur, 2013.
30 WFP, 2007.
31 GoG, 2010: 7.

32 Ibid.
33 GSFP, 2014 cited in Drake et al., 2016.
34 Sissala East District Assembly, 2013.
35 SNV, 2015.

tiative that stocked food produce by farmers during the times of plenty and then during times of want (lean season), they release these back to the farmers. While initial objectives of ensuring “food security all year round at the household and community level in the beneficiary communities and to also ensure the small holder farmers’ access to market” were realised to a large extent, the initiative became dormant few years into its implementation (SNV, 2015). This was the period when the challenge of food insecurity had been addressed.

Seeing this, SNV came in to revive the initiative but, this time, the focus was more on increasing the access of farmers in the communities and catchments to reliable markets with a specific focus on the Ghana School Feeding Programme. This version of the grain banks idea operates under the theme ‘Procurement Governance for Home Grown School Feeding Programme’ and is hinged on the need to provide sustainable market for poor farmers. It places emphasis on structured demand by leveraging institutional markets such as GSFP.

For a start, SNV provided a loan worth GHC 31,700.00 (equivalent to US\$10,000) to be disbursed to the 5 Grain Banks for purchases from smallholder farmers.³⁶ Based on initial success recorded, SNV donated the loans to the grain banks with even an additional top-up of “GHC 103, 185 to the grain banks to leverage on their financial and logistical capacity to sustain their operations and even increase SHF share in the GSFP market.”³⁷ As part of this support, SNV engaged the services of Action for Sustainable Development (ASUDEV), a local NGO operating in the district, to provide capacity building services and field oversight for the project.

As of 2016, the initiative has run for three farming cycles. In all, 25 GSFP caterers out of a total 62 in the district, feeding 6417 pupils, have signed contractual agreements to source grains (maize, beans and groundnut) from local farmers through the respective grain banks within their catchments of operation.³⁸ For now, the initiative is operational in schools within the 5 grain bank communities and its environs. Currently, 244 farmers are supplying food to the 5 grain banks. Of these,

female farmers make up 47%. These banks are managed on a volunteer basis by the Grain Banks Committee (GBC), comprising of six members who are farmers and drawn from grain bank host communities and adjoining one.

4. MATERIALS AND METHODS

4.1. The study area

The Sissala East District is situated in the North-Eastern part of the Upper West region of Ghana with an estimated population of 61,499 and landmass of 4,744 sq km – making up about a quarter of the total landmass of the region. Tumu is the district capital and the largest settlement, followed by Sakai, Wellembelle, Nmanduanu and Nabulo.

The majority of the people depend on the agricultural sector for their livelihood. Nearly 95% of rural dwellers live-off farming while a little under 60% of urban dwellers farm for a living.³⁹ Major food crops produced are mainly grains such as millet, sorghum and maize, rice. Other food crops grown are roots and tubers, particularly yams and legumes, including groundnuts and beans. Even though the district is the food basket of the Upper West region, the Ghana Comprehensive Food Security and Vulnerability Analysis puts its food insecurity at 7%.⁴⁰ Meanwhile, about 47.3% of persons are poor.⁴¹ For the purposes of this study, farm households interviewed were drawn mainly from the communities where SNV’s five grain banks that are sited in: Sakai, Bujan, Banu, Kasana and Gwosi. In addition, farm households from adjoining communities such as Nanchalla and Tafiasi that supply food produce to the grain banks, were interviewed.

4.2. Sampling and data analysis

The study was conducted between December 2016 and February 2017, and adopted a case study approach. Case studies allow the researcher to critically examine a contemporary phenomenon in close relation to

36 See ASUDEV, 2016. Procurement Governance for Home-Grown Ghana School Feeding Project: A Report on Follow-Up Activities on Grain Bank Initiative in Sissala East.

37 Ibid.

38 Ibid.

39 Ghana Statistical Service, 2014.

40 WFP, 2012.

41 Ghana Statistical Service, 2015.

its surroundings.⁴² Data was collected using a blend of quantitative and qualitative methods – questionnaires, semi-structured interviews and focus groups. Adopting Data was collected mainly from farmers supplying some or all of their food produce to SNV’s five grain banks; grain banks committee members; GSFP caterers working in school within the catchments of the grain banks; school principals and officials from the Sissala East District Assembly, Ministry of Food and Agriculture, Ghana Education Service and ASUDEV.

Of the 244 farmers who supplied food produce to SNV’s five grain banks in the last farming season, 120 were randomly sampled. Farmer lists were obtained from the records of each of the five grain bank committees and from these, farmers were selected at random. However, given the fact that some of the farmers were from the same household, the final sample size translated into 100 farm households. Eleven (11) GSFP caterers were interviewed and five (5) school principals. In addition, of the 100 household respondents, five were selected for in-depth interviews. In all, five focus groups were held with the grain banks committee. The quantitative data analysed using Stata version 14, where descriptive as well as inferential statistics such as correlations were used. Qualitative interviews were analysed by drawing themes from the various data sources.

5. RESULTS AND DISCUSSION

5.1 Sourcing foodstuffs for school feeding

Given the fact the GSFP runs a caterer model, interviews were held with 44% of the 25 caterers signed unto the GSFP-Grain Banks procurement arrangement in the Sissala East District. All eleven caterers interviewed were female between the ages of 26 and 50 years, with each catering for 252 pupils on the average. Also, each caterer employed two additional cooks to assist in the preparation of meals. Based on the officially adopted school feeding menu in the district, two main categories of foods are procured by caterers: grains and vegetables/condiments. Vegetables procured by caterers included fresh tomatoes, pepper, okro, and other leafy vegetables. Main grains crops sourced by caterers

include rice, maize, beans, soya beans and groundnut. Of these grains, demand for maize and rice was high, with each caterer buying on average 8.3 maxi bags⁴³ and 14.4 bags⁴⁴ per academic term⁴⁵ respectively. As shown in Table 1, these foodstuffs were sourced from varying sources.

Table 1: Sources of foodstuffs for GSFP in the Sissala East District (n=11)

Food Category	Re-sponse	Sources				
		Grain bank	Open Market	Direct purchase from farmer	Farmer-Based Organization	Own production
Grains	Yes	11	-	1	-	1
	No	-	11	10	11	10
	Total	11	11	11	11	11
Vegetables & condiments	Yes	-	11	1	-	-
	No	11	-	10	11	11
	Total	11	11	11	11	11
Average number of pupils catered for per caterer					252	
Average quantity of rice used per term per caterer					14.4 bags	
Average quantity of maize used per term per caterer					8.3 maxi bags	

Source: Field Survey, December 2016 – February, 2017.

From Table 1, grain banks, direct purchases from local farmers and own production were the sources of grains supply for caterers. In the case of vegetables and condiments, two sources were identified: open market and direct purchases from farmers. While caterers procured most of their vegetables and condiments from the open market, the majority of grains like maize, groundnut and beans were sourced from grain banks.

As per the grain banks-GSFP procurement arrangements, caterers first express their grains demand for the school year/term, and based on this, the grain banks buy the required quantities from local farmers from within

43 1 maxi bag of maize = 100kg.

44 1 bag of rice = 50kg.

45 This connotes 12-14 weeks spent in school at the basic level.

42 Flyvbjerg, 2011.

the local communities and adjoining ones. During one of FGDs in Sakai, the GBC intimated that "... our grain bank buy and pay instant cash to the farmers in the community." The purchases made by GBCs are then sold to caterers on credit basis and at a social price. By social price, GBCs sell to caterers at a price a little below the price of on the open market. Comparing this pricing model to what pertains on the open market; the Bujan GBC asserted: that "Our price and the local market price, there is difference. Let assume if we are buying a bag of maize at GHS60.00⁴⁶, we can decide to attach something small like GHS 5.00, in order to help us sell [the grains] faster."⁴⁷

Thus, the social pricing mechanism adopted by the GBCs in a way incentivizes caterers to buy from local farmers through the grain banks. This arrangement is made possible by SNV's seed funding it supported the grain banks with, which allows them to pay instant cash to farmers and resell to caterers on credit basis. This arrangement, in part, lifts the burden of delayed payments by government off the caterer while allowing cash purchases from local farmers. It is therefore not surprising that all 11 caterers interviewed indicated that they were either satisfied or very satisfied with the grain bank arrangement. Commenting on the benefits caterers derive from the grain banks procurement arrangement, a caterer said:

When the grain bank supports the caterer, what is left, even if you have GHC 1000 or GHC 2000, [I] buy the ingredients and manage without going to a business woman ... and so the grain bank is even very good than the business woman. Like the grain bank they will give me [a bag of] maize at GHC 80, the business woman sells it to the [caterer] for GHC 100. Even with the GHC 100, if you are delaying, she will just decide to increase it to GHC 150...but with grain banks, when they sell [maize] to you at GHS 80.00, even after a year, you will still pay the same amount. (Fatima Mahama)⁴⁸

Thus, with this arrangement, caterers do not have to pay interest even if they should go beyond their stipulated credit period for some months. Fatima Mahama was however quick to add that:

While the grain banks are helping the school feeding programme, the delayed payment [by government] is not making the grain banks grow fast...imagine,

as we speak, I owe the grain banks for about eight months. This is because government is yet to pay me for my services.

Indeed, the remaining 10 caterers interviewed also pointed out delayed payment as a major setback to their catering services for the school children. Florence Abutinga, for example, expressed her frustration about the situation, claiming that she has not been paid for two consecutive terms. She then asked rhetorically: "will government pay my arrears?" What is apparent is that even though caterers working with the grain banks are benefiting, delayed payment of food purchases made from grain banks has the tendency to stifle the operations of the grain banks. These claims were further corroborated by interview with an ASUDEV official. He said:

The key challenge [facing the grain banks initiative] is late payment of loan by caterers. And that is a consequence of late payment of government subventions to the caterers. That's why they also pay late. And the fear is that ... if it's time for them to purchase from the farmers and the caterers do not pay on time, it means they cannot buy to service the next season so that affects the cycle.⁴⁹

For caterers who do not benefit from the grain banks arrangement, the impact of non-payment could be very harsh.

Payment of caterers is not regular at all. You know if [the caterer] feeds the children for a whole term, they should be paid. That's the contractual agreement. But sometimes caterers are not paid for two terms yet they are expected to prepare meals for the children. How will they work? ... Payment on the part of government has been very poor. This affects the programme because the women complain bitterly.⁵⁰

5.2. Incentivizing farmers' access to GSFP market through Grain Banks: *To what extent?*

More than two-thirds of household respondents interviewed were males. Also, 72% of them have not had any formal education. The average household size was 6, the same as the district-level average.⁵¹

Crop farming constitutes the main livelihood activity of respondent households. All 100 households interviewed indicated crop farming as their primary

46 Local currency of Ghana (GHS). 1 US Dollar (US\$) is equivalent to GHC4.5 as of February, 2017.

47 FGD with Bujan Grain Bank Committee, Bujan, 1 February, 2017

48 Pseudonyms have been used for all quotations for farmers and caterers.

49 Interview with ASUDEV Official, Tumu, 30 January, 2017.

50 Interview with Sissala East District Assembly Official, Tumu, 2 February 2017

51 Ghana Statistical Service, 2014.

livelihood activity. Of these, 53% depended solely on crop farming. Of those who undertook other livelihoods in addition to crop farming, approximately half of them were engaged in livestock production. 89% of farm households interviewed cultivated maize as their main crop, followed by groundnut and yam, 9% and 2% respectively. In addition to these, beans and rice were amongst other crops households cultivated.

Based on contractual arrangements between GSFP caterer and the 5 grain banks, local farmers currently supply three main grains: maize, groundnut and beans. These crops were chosen because of their local availability and the fact that they remain the main food crops cultivated by farmers within the 5 grain bank communities and their catchments. Given the fact that the district school feeding menu is highly reliant on maize, the bulk of food produce supplied to caterers is maize.

On the average, each farm household interviewed sold about 9.3 maxi bags⁵² of maize to the GSFP through the grain banks (see Table 2). For smallholder farmer households (SHFHs), average quantity of maize sold was 6.3 bags as compared to 10.9 bags for emerging as well as commercial farmers. While across the board, average quantity of groundnut sold to the GSFP caterers per farm household was 6.3 maxi bags, no significant differences were observed for averages for SHFHs and non-SHFHs, 6 bags and 6.5 bags respectively. Average beans sales per farm household were 2.9 bags⁵³ across the board. The majority of these households comprised emerging and big farm households.

Table 2: Summary indicators for the size of output market accessed by farm households

Indicator		SHFHs	Non-SHFHs	Combined sample
Average quantity of food produce sold per farm household to GSFP through grain banks	Maize	6.3 bags (n=38)	10.9 bags (n=61)	9.3 bags (n=99)
	Groundnut	6 bags (n=21)	6.5 bags (n=28)	6.3 bags (n=49)
	Beans	1 bag (n=2)	3.1 bags (n=15)	2.9 bags (n=17)
Average annual farm income (in GHS)		1,652 (n=38)	4,452 (n=62)	3,388 (n=100)
Average annual income realised from sales to GSFP through grain Banks (in GHS)		709 (n=38)	1,312 (n=62)	1,083 (n=100)
Average share of GSFP sales of total farm income		59.7% (n=38)	49.8% (n=62)	53.6% (n=100)

Source: Field Survey, December 2016 – February, 2017.

Put together, average annual income realised from sales to GSFP through grain banks per farm household translates to GHS 1,083 (about US\$ 246.14 equivalence). When disaggregated by farmer type, average annual income realised by SHFHs was GHS 709 (equivalent to US\$157.56). This is about GHS 603 less than the average income non-SHFHs realised from selling their produce to the GSFP in the last farming season. These earnings from across the board make up more than half of total household farm income, about 54%. Average share of GSFP sales of total farm income was respectively 60% and 50% for SHFHs and non-SHFHs.

Clearly, the farm households on the average obtain more than half of their farm incomes from the GSFP-Grain Bank procurement arrangement. Interestingly, even though average earnings by SHFHs were smaller compared to non-SHFHs, average income SHFHs earn from accessing GSFP market makeup a greater pro-

52 1 maxi bag of maize is 100kg.

53 1 maxi bag of groundnut is 100kg.

portion of their average total farm income, about 10% more than that of non-SHFHs. This difference is quite significant considering the fact that more than half of the respondents live-off crop farming alone.

The findings above, thus, validate the assertion that home-grown school feeding approaches has the potential to offer ready market for local farmers' produce, thereby boosting their farm incomes.⁵⁴ In his view, these earnings can "... support [farmers] in their socio-economic welfare. They can use it to pay their ward's school fees; they can buy food ingredients, and procure health services."⁵⁵ By implication, additional income farmers earn from accessing the school feeding market can mean more than just paying school fees.

It is also important to note that for some farm households, the only output market that might accessible to them is the GSFP-Grain Bank procurement arrangement as one-fifth of farm households interviewed earned all their farm incomes by selling to the grain banks. This makes the GSFP-Grain Bank procurement arrangement an important output market for these farmers and their dependents. Thus, with this arrangement, "... the farmer's suffering is reduced."⁵⁶

For example, at Bujan, Shila Iliasu, a farmer, intimated that "...ready market provided for our produce by the grain banks helps us to save the cost of transporting our produce to Tumu to sell". At Banu, Adiza Mariama, a farmer, had this to say:

When I'm to take my [maize] to the open market, I will be paid GHS 110 per bag, the car alone will take GHS 5.00. The loading boys will take GHS 2.00 to load and GHS 2.00 to off load it, council ticket is GHS 1.00. So with these expenses, I will end up with only GHS98.00 or GHS 97.00. But when I sell it to the grain bank here, I will take the same amount, GHS 110.00.

Speaking on the benefits of having the GSFP-Grain Bank procurement arrangement in their community, participants of FGD at Banu also remarked the following:

At first the [caterer] used to buy the food from outside the community and bring. We don't know where the foodstuffs come from and you know

food is something that if [one] does not know the source, it is not the best. So now, we produce it ourselves, they [caterers] buy it and cook it here and our own children take it. It is good. And we the farmers also get money from it and we don't have problem with selling our produce anymore... Before the grain banks will come, we used to sell 40 bowls of maize for a bag which translates to 120 kg. Meanwhile, on the market, a bag of maize should measure 100 kg. So the buyers used to cheat us 20kg more per bag of sales but with this grain bank arrangement, we don't face this challenge anymore.

Also, during FGD with GBC at Kasana, participants remarked that "The convenience of receiving cash for our produce while sitting in our homes in itself is a great benefit from accessing the school feeding market".

From the above findings, it becomes clear that home-grown school feeding arrangements can deliver benefits beyond increased markets and incomes. Not only do farmers save on transport cost by selling their produce locally, but it also brings them some convenience. It also affords them better prices than they would have been offered in the open market or by middlemen. Other times, the mere fact that their own food produce is used to prepare school meals for their children is in itself enough motivation for them to sell their produce to the grain banks. This benefit is more socio-cultural than economic and is more inclined to the concept of food sovereignty (see Tomlinson, 2007). Also, incomes earned can be used to boost household food and nutrition security.

5.3. Constructing food and nutritional security

Linking the grain banks initiative to the GSFP offers participating farm households multiple pathways by which they can boost their food and nutritional security. First, school children within the catchments of the five grain banks get to eat diverse, nutritious meals with foodstuffs produced by their own parents, particularly for grains. As shown in Table 3, of the 98 households interviewed, about 92% of them had at least a child benefiting from the school feeding programme. Clearly, this could add to the overall household food security especially for households with more than two children benefiting from school meals.

54 See Devereux et al., 2010; Morgan & Sonino, 2007; Sumberg & Sabates-Wheeler, 2011; FAO, IFAD & WFP, 2014

55 Interview with ASUDEV Official, Tumu, 30 January, 2017.

56 Interview with Sissala East District Assembly Official, Tumu, 2 February 2017.

Table 3: Summary of food security indicators

Indicator	Result
% of farm households with at least a child benefiting from school feeding	92 (n=98)
% of farm households who received food loans in last farming season	16.3 (n=98)
% of farm households who experienced improvement in food security now compared to last five years	62.1 (n=95)

Second, savings made by households whose children are benefiting from the GSFP could be used to procure condiments or other food items for preparing family meal for example.

The third pathway by which beneficiary households can construct food security is through food loans. Focus group discussions with the 5 GBCs revealed that beyond meeting grains demand for GSFP caterers, about 20% stock for maize especially are stored and given out as loans to farmers and other community members during the lean farming season. Owing to the fact that the research site and the Upper West region in general experiences single rainfall pattern, there is usually food shortage in the months of May, June and July. For these farmers, having access to such food loans helps them to cope during such seasons. For example, of the households interviewed, 16% indicated that they accessed food loans in the previous farming season. These loans are repaid by borrowers after harvesting their crops. It is therefore not surprising that FGDs conducted in Sakai, Bujan Banu, Gwosi and Kasana had GBC members pointing to the food loans as important benefit they derive from the operations of the grain banks.

The fourth channel by which it can improve household food security is incomes from accessing GSFP market. This can be two-fold: first, using income to access better, nutritious food which ordinarily may seem intractable for them to access economically. Second, income realised can also be reinvested into their farming business to boost food production. For example, "... money realized from selling to the grain bank brings a lot of respite to the family. It also helps in our farming..."⁵⁷

⁵⁷ FGD with Bujan Grain Bank Committee, Bujan, 1 February, 2017.

... It [grain bank initiative] encourages food production in the area because when they farm they get market so they can produce enough, feed themselves and sell the surplus to the market. Previously, some crops like soya beans were not grown in this district on a large scale. But because of the ready market through the school feeding programme, which stipulates that soya beans be in the school meals daily, demand for the crop has shot up... This has triggered a certain drive for soya bean production across the district including some of the school feeding farmers.⁵⁸

It is therefore not surprising that about 62% of households interviewed indicated that overall, they are able to meet their food needs now compared to last five years.

6. CONCLUSION

Adopting local procurement for school feeding programmes holds a strong place in bringing prosperity to smallholder as well emergent farmers. In rural settings where poor smallholder farmers have limited access to markets and constrained by remoteness and poor transport infrastructure, embedding such inclusive food procurement models into institutionalized markets like school feeding could be transformative. While the 'special powers' of this home-grown approach to school feeding has dominated the rural development, agriculture and social protection discourse in recent years, empirical evidence on how such a potential is manifesting on the livelihoods of local farmers and their dependents remains limited.

The current study thus, explored this trajectory, drawing on the GSFP and SNV's grain banks initiative in the Sissala East District of the Upper West region of Ghana. Results from the study have shown that indeed, involvement of local farmers in school feeding incentivises their access to ready and stable markets for their food produce, offers them better prices for their produce than what pertains on the open market and insulates them from transport costs and risks associated with travelling long distances to sell their produce. All of this culminates into higher incomes for them. As the study revealed, school feeding market accounted for about half of households' farm incomes. It is however im-

⁵⁸ Interview with Sissala East District Assembly Official, Tumu, 2 February 2017.

portant to note that these gains are not confined to only smallholders. Emergent as well as commercial farmers in these local communities equally access the school feeding market through the grain banks. For some farmers, the satisfaction they derive from using their own food produce for preparing schools for their children is enough motivation for them to sell to the grain banks.

The study has also highlighted the potential a food bank's approach to home-grown school feeding delivers on beneficiary farm households' food and nutrition security. First, farm households' children in public primary schools get to benefit from free nutritious meal. Second, farm households' whose children benefit from school meals can use their savings to access better food at the household level. Third, food loans advanced to farm households especially in times of food shortages can be an important coping strategy for poor and food insecure households. Fourth, incomes earned from farmers by accessing the school feeding market can be used to maximize food consumption or re-invested into their farming businesses.

Moreover, in countries like Ghana, where caterers contracted to prepare school meals have to contend with perennial payments delays for their services, home-grown school feeding initiatives like the grain banks bring some respite to them. Caterers get to buy foodstuffs at cheaper prices and on credit basis thanks to SNV's initial funding. This credit purchase arrangement between caterers and the grain banks to a large extent shields caterers from the frustrations of payment delays on the part of government. In the same breadth, failure on the part of caterers to pay back credit purchases timely resulting from delayed payments from government may threaten the sustainability of such schemes.

All of this presents policy and governance implications when designing and managing local procurement and school feeding initiatives. First, depending on the objectives that a particular home-grown school feeding interventions intends to achieve, a specific implementation structure, be it grain banks or farmer cooperatives, is an important precondition. As could be observed, the use of the grain banks approach delivers benefits beyond increased markets and incomes to include food loans to community members in times of food shortages. Such structures become useful in settings that are susceptible to food insecurity. Thus, context matters. Different home-grown schemes may work better in di-

fferent geographical settings.

The second point relates to the important role government-NGO partnerships play in initiating effective and impactful home-grown school feeding schemes. Besides their technical support, NGOs can be vital sources of finance for setting up impactful home-grown school feeding schemes. Also crucial to the sustainability of home-grown school feeding schemes are delayed payments of caterers by governments. Such delays put heavy financial pressure on caterers who already struggle to buy foodstuffs on cash basis. This phenomenon has the tendency to affect caterers' ability to buy and pay farmers cash for their produce. Even in the case of the grain banks where caterers can buy on credit, failure on the part of caterers to timely pay back their credit purchases can result in the collapse of such schemes. It therefore becomes imperative that government pay caterers as stipulated so they, in turn, can sustain the home-grown school feeding scheme.

Moreover, the study has highlighted some critical issues that may require further research going forward. First, new research trajectory that focuses on exploring in detail the food and nutritional security impacts of farm households that participate in home-grown school feeding schemes like the grain bank becomes imperative. Again, this study has hinted how motivations for which farmers' access school feeding market can be socio-cultural than economic. Thus, investigating the factors drive local farmers to participate in institutionalized markets like school feeding can be useful in determining the extent of community participation in such schemes. Also, since the GSFP operates a caterer model, it may be interesting to investigate comparatively how such initiatives incentivise markets for local farmers under school feeding programmes that operate school model. Such a comparative study should help unpack key factors that underpin the home-grown element in school feeding and learn from the policy implications thereof.

BIBLIOGRAPHIC REFERENCES

Adelman, Sarah, Daniel Gilligan, and Kim Lehrer. How effective are food for education programs?: A critical assessment of the evidence from developing countries. Vol. 9. Intl Food Policy Res Inst, 2008.

- Aliber, Michael, and Ruth Hall. "Support for smallholder farmers in South Africa: Challenges of scale and strategy." *Development Southern Africa* 29, no. 4 (2012): 548-562.
- Annan, Kofi, and Sam Dryden. "Food and the Transformation of Africa: Getting Smallholders Connected." *Foreign Aff.* 94 (2015): 124.
- ASUDEV. "Procurement Governance for Home-Grown Ghana School Feeding Project: A Report on Follow-Up Activities on Grain Bank Initiative in Sissala East" (2016).
- Bundy, Donald AP. *Rethinking school feeding: social safety nets, child development, and the education sector.* World Bank Publications, 2009.
- Bundy, Donald AP. *Rethinking school health: a key component of education for all.* World Bank Publications, 2011.
- Chamberlin, J., Diao, X., Kolavalli, S. and Breisinger, C.,. "Smallholder Agriculture in Ghana. Ghana Strategy Support Program"-IFPRI Discussion Brief 3. IFPRI. 2007. Available at: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.226.5432&rep=rep1&type=pdf> (Accessed 10 May 2015)
- Chamberlin, Jordan. *It's Small World After All: Defining Smallholder Agriculture in Ghana.* Vol. 823. Intl Food Policy Res Inst, 2008. Available at: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.139.590&rep=rep1&type=pdf> (Accessed 10 May 2015)
- Coles, Christopher. "What is known about the impact of structured demand activities on resilient food systems?." Overseas Development Institute, London, UK (2013). Available at: <https://www.odi.org/sites/odi.org.uk/files/odi-assets/publications-opinion-files/8618.pdfv> (Accessed 13 April 2016)
- Commandeur, D., "A Potential Market for Smallholder Farmers: School Feeding Programs: School Feeding Programmes & Their Challenges", Baseline 2012. USA, 2013.
- De Carvalho, Francisco, Beattie Samuel Dom, M. Fiadzibey, Sam Filer, Israel Kpekpena, Christine Lin, Daniel Lombardi et al. "Ghana School Feeding Program: Retooling for a Sustainable Future." Ghana: Partnership for Child Development and the Ministry of Local Government and Rural Development (2011).
- Devereux, Stephen, Rachel Sabates-Wheeler, and A. Pascual Martínez. "Home-grown school feeding and social protection." Documento de trabajo 5 (2010).
- Drake, Lesley, Alice Woolnough, Carmen Burbano, and Donald Bundy, eds. *Global School Feeding Sourcebook: Lessons from 14 countries.* World Scientific, 2016. Available at: <http://documents.wfp.org/stellent/groups/public/documents/communications/wfp284904.pdf> (Accessed 20 January 2017)
- ECASARD/SNV Ghana. "Ghana School Feeding Programme (GSFP) Initiative and the Farmers Dream: A survey on the role of Farmer Based Organizations (FBOs) in the implementation of Ghana School Feeding Programme (GSFP) in Greater Accra Region" (2009). Available at: http://cleancookstoves.org/resources_files/ghana-school-feeding.pdf (Accessed on 15 May 2016).
- FAO, IFAD, WFP. "The state of food insecurity in the world 2014: strengthening the enabling environment for food security and nutrition." FAO, Rome. (2014). Available at: <http://www.fao.org/3/a-i4030e.pdf> (Accessed on 19 January 2015)
- Flyvbjerg, Bent. "Case study." *The Sage handbook of qualitative research* 4 (2011): 301-316. Gelli, Aulo, Edoardo Masset, Gloria Folson, Anthoni Kusi, Daniel K. Arhinful, Felix Asante, Irene Ayi et al. "Evaluation of alternative school feeding models on nutrition, education, agriculture and other social outcomes in Ghana: rationale, randomised design and baseline data." *Trials* 17, no. 1 (2016): 37.
- Ghana Statistical Service. "2010 Population & Housing Census: District Analytical Report – Sissala East District", Accra: (2014). Available at: http://www.statsghana.gov.gh/docfiles/2010_District_Report/Upper%20West/Sissala%20East.pdf (Accessed on 20 January 2017)
- Ghana Statistical Service. "Ghana Poverty Mapping Report." Accra: (2015). Available at: <http://www.statsghana.gov.gh/docfiles/publications/POVERTY%20MAP%20FOR%20GHANA-05102015.pdf>
- Government of Ghana. "Ghana School Feeding Programme, 2010 Annual Operating Plan", Ministry of Local Government and Rural Development and Ministry of Education, Accra (2010).
- Government of Ghana. "National School Feeding Policy". Minister for Gender, Children and Social Protection. 2016.

- Jomaa, Lamis H., Elaine McDonnell, and Claudia Probart. "School feeding programs in developing countries: impacts on children's health and educational outcomes." *Nutrition reviews* 69, no. 2 (2011): 83-98.
- Kanemasu, Y. "Thailand: a desk review of the school feeding programmes". World Food Programme. (2007). Available at: [http://documents.wfp.org/stellent/groups/public/documents/newsroom/wfp207425.pdf](http://documents.wfp.org/stellent/groups/public/documents/newsroom/wfp207425.pdf?_ga=1.246438724.1955371633.1486168309) (Accessed 11 May 2015)
- Kiers, E. Toby, Roger RB Leakey, Anne-Marie Izac, Jack A. Heinemann, Erika Rosenthal, Dev Nathan, and Janice Jiggins. "Agriculture at a crossroads." *SCIENCE-NEW YORK THEN WASHINGTON-* 320, no. 5874 (2008): 320.
- Langinger, Nica. "School feeding programs in Kenya: Transitioning to a homegrown approach." *Stanford Journal of International Relations* 13, no. 1 (2011): 30-37.
- Lowder, Sarah K., Jakob Scoet, and Terri Raney. "The number, size, and distribution of farms, smallholder farms, and family farms worldwide." *World Development* 87 (2016): 16-29.
- Masset, Edoardo, and Aulo Gelli. "Improving community development by linking agriculture, nutrition and education: design of a randomised trial of "home-grown" school feeding in Mali." *Trials* 14, no. 1 (2013): 55.
- Miranda, A. Public food procurement from smallholder farmers: literature review and best Practices. International Policy Centre for Inclusive Growth (IPC-IG) Working Paper No. 176. (2018).
- Molini, Vasco, and Pierella Paci. Poverty Reduction in Ghana—Progress and Challenges. No. 22733. The World Bank, 2015. Available at: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/22732/K8485.pdf?sequence=5&isAllowed=y> (Accessed 15 January 2017)
- Morgan, Kevin, and Roberta Sonnino. "Empowering consumers: the creative procurement of school meals in Italy and the UK." *International Journal of Consumer Studies* 31, no. 1 (2007): 19-25.
- Morgan, Kevin, and Roberta Sonnino. "Rethinking school food: the power of the public plate." *State of the World* (2010): 74.
- Poulton, Colin, Andrew Dorward, and Jonathan Kydd. "The future of small farms: New directions for services, institutions, and intermediation." *World Development* 38, no. 10 (2010): 1413-1428.
- Sabates-Wheeler, Rachel, and Stephen Devereux. "Transformative social protection: the currency of social justice." *Social protection for the poor and poorest: Concepts, policies and politics* (2008): 64-84.
- Sabates-Wheeler, Rachel, Stephen Devereux, and Bruce Guenther. "Building synergies between social protection and smallholder agricultural policies." (2009). Available at: https://opendocs.ids.ac.uk/opendocs/bitstream/handle/123456789/2343/FAC_Working_Paper_006.pdf?sequence%253D1 (Accessed on 10 June 2016).
- Sanchez, Pedro A., and Monkombu S. Swaminathan. "Cutting world hunger in half." *Science* 307, no. 5708 (2005): 357-359.
- Sissala East District Assembly. "Report on Ghana School Feeding Programme (GSFP) in the Sissala East District". Tumu, (2013).
- SNV. "Procurement Governance for Home Grown School Feeding Programme: Grain Banks Evaluation Draft Report", Accra: (2015).
- Soares, Fábio Veras, Ryan Nehring, Rovane Battaglin Schwengber, Clarissa Guimarães Rodrigues, Guilherme Lambais, Daniel Silva Balaban, Cynthia Jones, and Andrea Galante. "Structured demand and smallholder farmers in Brazil: The case of PAA and PNAE." Brasilia: IPC/WFP (2013). Available at <http://www.ipc-undp.org/pub/IPCTechnicalPaper7.pdf> (accessed March 1 2017).
- Sumberg, James, and Rachel Sabates-Wheeler. "Linking agricultural development to school feeding in sub-Saharan Africa: Theoretical perspectives." *Food Policy* 36, no. 3 (2011): 341-349.
- Swensson, Luana F. Joppert. "Institutional procurement of food from smallholder farmers." Rome, FAO (2015). Available at: <http://www.fao.org/3/a-bc569e.pdf> (Accessed 12 September 2016)
- Tomlinson, Mark. "School feeding in east and southern Africa: Improving food sovereignty or photo opportunity." Health Systems Research Unit, Medical Research Council. Equinet Discussion Paper 46 (2007). Available at: [MENSAH, Clement . Incentivising smallholder farmer livelihoods and constructing food security through home-grown school feeding: evidence from Northern Ghana. *Revista de Direito Internacional, Brasília*, v. 15, n. 3, 2018 p490-504](http://www.equinet-africa.org/sites/default/files/uploads/documents/DI-</p>
</div>
<div data-bbox=)

S46nutTOMLINSON.pdf (Accessed 11 March 2015)

Wiggins, Steve, and Sharada Keats. "Leaping and learning: linking smallholders to markets in Africa." London: Agriculture for Impact, Imperial College and Overseas Development Institute. (2013). Available at: <https://cgspace.cgiar.org/bitstream/handle/10568/35246/L%26L%20Link%20SF%20to%20Mkt%20final%20May%202013.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Accessed 9 February 2016)

World Food Programme. "Comprehensive Food Security and Vulnerability Analysis 2012: Focus on Northern Ghana." Accra: WFP. (2012).

World Food Programme. "Home-Grown School Feeding field case study". Ghana: WFP. (2007). Available at: http://documents.wfp.org/stellent/groups/public/documents/newsroom/wfp207421.pdf?_ga=1.50445161.1955371633.1486168309 (Accessed 2 June 2015)

World Food Programme. "P4P Purchase for Progress The Story: Connecting farmers to markets." Rome: WFP. (2015). Available at: http://documents.wfp.org/stellent/groups/public/documents/communications/wfp2873_08.pdf?_ga=1.214127703.1955371633.1486168309 (Accessed February 2016)

World Food Programme. "State of School Feeding 2013". Rome: WFP. (2013). Available at: http://documents.wfp.org/stellent/groups/public/documents/communications/wfp2574_81.pdf?_ga=1.20993275.1955371633.1486168309 (Accessed 28 December 2015).

World Food Programme. Home-grown school feeding: A framework to link school feeding with local agricultural production. World Food Programme, 2009. Available at: http://documents.wfp.org/stellent/groups/public/documents/newsroom/wfp204291.pdf?_ga=1.60390253.1955371633.1486168309 (11 December 2015)

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Policy coherence in the implementation of the 2030 agenda for sustainable development: the Brazilian School Feeding Programme Case Study

Análise de coerência entre políticas públicas e a implementação da agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável: Estudo de caso do Programa Nacional de Alimentação Escolar no Brasil

Mariana Werlang Girardi

Policy coherence in the implementation of the 2030 agenda for sustainable development: the Brazilian School Feeding Programme Case Study*

Análise de coerência entre políticas públicas e a implementação da agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável: Estudo de caso do Programa Nacional de Alimentação Escolar no Brasil

Mariana Werlang Girardi**

ABSTRACT

Objective: To analyze the coherence between the 2030 Agenda and the legal framework of the Brazilian National School Feeding Programme (PNAE) at the federal level. **Methodology:** This applied research adopted qualitative, descriptive and documental approaches and used, as conceptual base, The Policy Coherence for Sustainable Development (PCSD) Framework, proposed by OECD (2016). The author developed a procedure to quantify the coherence between the Sustainable Development Goals (SDGs) and the PNAE. **Conclusions:** In the legal framework, 162 coherence links were identified in 37 targets (21.8%) of 13 SDGs (76.4%). SDGs that presented the greatest coherence, according to the criteria used and in descending order were: SDG 2, SDG 4, SDG 3, SDG 1, SDG 10, SDG 16, SDG 12, SDG 15 and SDG 17. SDG 5 (gender equality) presented the weakest intensity of coherence. In-depth analysis of SDG 1 (no poverty) showed that the coherence intensity of the PNAE's legal framework with this Goal derives, to a great extent, from its integration with the Food Acquisition Programme (PAA). A possible way to increase the coherence intensity between SDG 1 and the PNAE's legal framework would be to incorporate into this programme, aspects exclusively present in the design of the PAA. Regarding the SDG 2 (zero hunger), a way to increase the coherence intensity between this Goal and the PNAE's legal framework would be to increment the minimum purchase value of smallholder farming beyond thirty percent.

Keywords: PNAE; School feeding; Sustainable Development Goals; Agenda 2030; International cooperation for development.

RESUMO

Objetivo: Realizar análise de coerência entre a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas e o arcabouço legal do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) a nível federal. **Metodolo-**

* Recebido em: 22/02/2019
Aprovado em: 26/02/2019

□ In November 2016, the World Food Programme Centre of Excellence against Hunger in Brazil (WFP CoE) completed five years of existence. Since its foundation, the Centre of Excellence has been working to build countries' capacities to fight hunger and malnutrition through South-South and Triangular Cooperation, further contributing to achieve the Sustainable Development Goals (SDGs). In order to celebrate its anniversary, the WFP CoE, in partnership with the University Centre of Brasilia (UniCEUB), launched a contest for researchers working with food and nutrition security (FNS) and related areas. This paper came fourth in the anniversary contest. It was considered a valuable contribution to research in FNS and to WFP's purpose of achieving Zero Hunger worldwide.

** MSc in Nutrition Federal University of Santa Catarina. E-mail: marianawgirardi@gmail.com

gia: Trata-se de pesquisa qualitativa, aplicada, descritiva e documental que utilizou como base metodológica o *The Policy Coherence for Sustainable Development (PCSD) Framework* proposto pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD). Por se tratar de estudo piloto, foram desenvolvidas ferramentas para análise dos pontos de coerência entre os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) e o PNAE. **Conclusões:** Foram identificados no arcabouço legal do PNAE 162 pontos de coerência (*coherence links*) com a Agenda 2030, distribuídos em 37 metas (21,8%) e em 13 ODS (76,4%). Os ODS que apresentaram maior intensidade de coerência, segundo os critérios utilizados e em ordem decrescente foram: ODS 2, ODS 4, ODS 3, ODS 1, ODS 10, ODS 16, ODS 12, ODS 15 e ODS 17. O ODS 5 (igualdade de gênero) apresentou a menor intensidade de coerência. Análise aprofundada do ODS 1 (erradicação da pobreza) permitiu verificar que a intensidade da coerência entre este e o arcabouço legal do PNAE deriva, em grande medida, de sua integração com o Programa de Aquisição de Alimentos (PAA). Uma possível forma de aumentar a intensidade da coerência entre o ODS 1 e o arcabouço legal do PNAE seria incorporar a este programa aspectos até então presentes exclusivamente no PAA. No que diz respeito ao ODS 2 (fome zero e agricultura sustentável), uma forma de aumentar a intensidade de coerência entre este e o arcabouço legal do PNAE seria por meio do aumento do percentual mínimo de 30% para compras da agricultura familiar.

Palavras-chave: PNAE; Alimentação Escolar; Objetivos do Desenvolvimento Sustentável; Agenda 2030; Cooperação internacional para o desenvolvimento.

1. INTRODUCTION

Due to the positive results of adopting the agenda of the Millennium Development Goals (MDGs) and the need to work on the goals not yet achieved, the United Nations has developed a new transnational effort: the 2030 Agenda, which presents the Sustainable Development Goals (SDGs) and runs from 2015 to 2030.¹ The vision of the 2030 Agenda differs from that of the MDGs in important ways, representing a more ambi-

tious challenge that prioritizes the well-being, prosperity and sustainability in all countries for all people of this generation and those to come.² There are 17 SDGs and 169 targets established by the 2030 Agenda. They are integrated, indivisible and entail economic, social and environmental dimensions of the sustainable development.³

The first Sustainable Development Goals Report (2016) was recently published and describes the current world situation of each of the 17 goals. The Report concluded that the benefits of development are not equally shared by all and reaffirmed the commitment of leaving no one behind.⁴ The World Food Programme (WFP) responded to this call by realigning the objectives in its 2017-2021 Strategic Plan in order to contribute to achieving the SDGs in a more integrated and efficient manner and with a commitment to reaching those in greatest need first.⁵

The two strategic objectives set out in the WFP Strategic Plan are related to two SDGs: support countries to achieve zero hunger (SDG 2) and partner to support the implementation of SDGs (SDG 17). In addition, the various Strategic Objectives and Results contribute to the achievement of other SDGs,⁶ such as Strategic Result 6, which addresses the importance of public policy coherence for sustainable development.

In Brazil, the World Food Programme Centre of Excellence against Hunger (WFP CoE) conducts several actions that support the WFP's two strategic objectives. In order to put forward the first strategic objective – “support countries to achieve zero hunger (SDG 2)”, the WFP CoE offers technical assistance for the development of programmes of school feeding, social protection and food and nutritional security, as well as programmes to stimulate smallholder farmers and encourage local food supply chains. To support the other

2 OECD, The Organisation For Economic Co-Operation And Development. Better Policies for Sustainable Development 2016: A New Framework for Policy Coherence. Paris: **OECD Publishing**, 2016.

3 UNITED NATIONS, General Assembly. Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, 21 October 2015.

4 UNITED NATIONS. The Sustainable Development Goals Report 2016. New York, 2016.

5 WFP, World Food Programme Executive Board. WFP Strategic Plan (2017–2021), Rome, 14–18 November 2016.

6 WFP, World Food Programme Executive Board. WFP Strategic Plan (2017–2021), Rome, 14–18 November 2016.

1 SACHS, J.D. From millennium development goals to sustainable development goals. *Lancet*. 9;379(9832):2206-11, 2012.

strategic objective – “partner to support implementation of the SDGs” (SDG 17) – WFP CoE promotes actions to build national frameworks on issues related to the topic of fighting hunger and promotes international and regional advocacy.⁷

Brazil was chosen as the headquarters for the WFP CoE in 2011, given the country’s success in actions to fight hunger and extreme poverty.⁸ The country has surpassed the target of the Millennium Development Goals (MDGs) of halving hunger and extreme poverty from the 1990 base year, 13 years before the deadline.⁹ In addition, in 2014, Brazil was considered for the first time to be out of the Hunger Map of the United Nations.¹⁰

Initiatives such as the Brazil Without Poverty Plan¹¹ and the Zero Hunger Strategy¹² were essential to the results obtained, and the National School Feeding Programme (PNAE) made a significant contribution to the success of these initiatives, mainly due to its design, which favored access to food, income generation and productive inclusion. As Brazil has one of the largest structured demand programmes in the world, many lessons can be learned from the country’s experience with the PNAE, especially when analyzed in an integrated manner with the Food Acquisition Programme (PAA).¹³ The PNAE links school feeding to the purchase of food produced by smallholder farmers, a strategy that has been proved effective in fighting rural poverty and increasing food and nutritional security for programme beneficiaries and for smallholder farmers.¹⁴

The PNAE has been responsible for the international recognition of the Brazilian success in fighting malnutrition and poverty in an integrated and sustainable way.¹⁵ For this reason, PNAE is among the main public policies that are shared by the Brazilian government in partnership with the WFP CoE through South-South cooperation, especially for Latin American and African countries.¹⁶

It is undeniable that a universal, integrated and transformative agenda is based on policy coherence to ensure a balanced approach between the economic, social and environmental dimensions of sustainable development and require coherent actions at the local, national, regional and global levels.¹⁷ However, despite the national and international relevance of PNAE and the need for coherence analysis between SDGs and public policies (SDG 17.14), there is no academic or institutional work in the researched literature evaluating the coherence between SDGs and PNAE.

For these reasons, this case study main objective was to analyze the coherence between the 2030 Agenda and the legal framework of the PNAE at the federal level. The analysis, conducted in 2017, sought to map how the PNAE’s legal framework relates to the 169 targets and the 17 SDGs presented in the 2030 Agenda. All 162 coherence links found were classified in order to measure the intensity of the coherence. In addition, detailed analysis was conducted focusing on the coherence links that present thematic affinity to Millennium Development Goal 1 – MDG 1 –, that is, SDG 1 and SDG 2. MDG 1 had as its main objective eradicate extreme poverty and hunger.

2. METHODOLOGY

To achieve the main objective of the analysis, regarding the coherence between the UN Sustainable Development Goals and Brazil’s National School Feeding Programme (PNAE) legal framework at the federal le-

7 WFP, World Food Programme Executive Board. WFP Strategic Plan (2017–2021), Rome, 14–18 November 2016.

8 SANTARELLI, M. *Cooperação Sul-Sul brasileira: a experiência do Programa Nacional de Alimentação Escolar em Moçambique*. ActionAid Brasil, 2015. 31 p.

9 UNSCN, United Nations Standing Committee On Nutrition. *Country Policy Analysis: Nutrition Impact of Agriculture and Food Systems, Brazil*. Geneva, 2013.

10 FAO; IFAD; WFP, Food and Agriculture Organization of the United Nations / The International Fund for Agricultural Development / World Food Programme. *The State of Food Insecurity in the World 2015. Meeting the 2015 international hunger targets: taking stock of uneven progress*. Rome, FAO: 2015.

11 In Portuguese, “Plano Brasil sem Miséria”.

12 In Portuguese, “Estratégia Fome Zero”.

13 IPC-IG; UNDP, International Policy Centre for Inclusive Growth / United Nations Development Programme. *Structured Demand and Smallholder Farmers in Brazil: the Case of PAA and PNAE*. Brasília, 2013.

14 WFP, World Food Programme Centre Of Excellence Against Hunger. *Relatório Anual 2015*. Brasília, 2015.

15 THOMPSON, B; AMOROSO, L. *Improving Diets and Nutrition: Food-based Approaches*. Roma: FAO, 2010. 403p.

16 SANTARELLI, M. *Cooperação Sul-Sul brasileira: a experiência do Programa Nacional de Alimentação Escolar em Moçambique*. ActionAid Brasil, 2015. 31 p.

17 OECD, The Organisation For Economic Co-Operation And Development. *Better Policies for Sustainable Development 2016: A New Framework for Policy Coherence*. Paris: **OECD Publishing**, 2016.

vel, this applied research adopted qualitative, descriptive and documental approaches.

The conceptual base used in this research was the document “Better Policies for Sustainable Development 2016: A New Framework for Policy Coherence”. The Policy Coherence for Sustainable Development (PCSD) Framework proposed by the document was chosen because: (a) it is customized for policy coherence analysis based on the SDGs; (b) it is the strongest conceptual framework available at the time of the research; (c) it is flexible and adaptable to diverse national and institutional contexts; and (d) the general guidance it provides is neither prescriptive nor binding.¹⁸ Thus, this framework allows countries to develop their own strategies to improve policy coherence, during the nationalization process of the 2030 Agenda.

The PCSD Framework provides a general guidance and a screening tool (checklist) that enables mapping the SDGs and their targets to: (a) identify and manage critical sectoral interactions between the social, economic and ecological dimensions; (b) ensure consistency of decisions between different levels of governance; (c) consider the effects of policies on the well-being in any given country (“here and now”), for people living in other countries (“elsewhere”), as well as long-term perspective for transformation, and consider the effects of policies on the well-being of future generations (“later”); (d) develop vertical and horizontal coherence analysis; and (e) track progress in policy coherence for sustainable development (SDG target 17.14).

The screening tool proposed by this framework is divided in three thematic sections. Each section has several sub-sections with their respective evaluation items (drawn as questions asked), creating a checklist with approximately 80 items. The three thematic sections are divided as follows:

- a) Analytical framework: Used to conduct analysis to identify the coherence between the SDGs, and between their respective targets; used to analyze coherence between the SDGs and the legal framework of the signatory countries; and for analysis in relation to contextual factors that can impel or hinder the achievement of

the established goals and targets;

- b) Institutional framework: Used to align the existing institutional mechanisms of police coherence to the needs and vision of the 2030 Agenda for Sustainable Development;
- c) Monitoring framework: Used to monitor the key elements of PCSD’s progress, aiming to contribute to national efforts to evaluate and report on the progress of the SDG target 17.14: “enhance policy coherence for sustainable development”.¹⁹

The section ‘Analytical Framework’ has six subsections: (1) roles of actors; (2) policy inter-linkages; (3) enabling and disabling conditions (contextual factors); (4) sources of finance; (5) trans-boundary; and (6) inter-generational impacts (“here and now”, “elsewhere” and “later”). To analyze the subsection policy-interlinkages for implementing the 2030 Agenda for Sustainable Development (Item 1.2 of the checklist), five complementary levels of coherence are used:

- First level: between the SDGs and national policies;
- Second level: between the 2030 Agenda for Sustainable Development and other international agendas;
- Third level: between economic, social and environmental policies;
- Fourth level: between diverse sources of finance (public, private, international and domestic);
- Fifth level: between actions of multiple actors (governments, international organisations, civil society and the private sector) (OECD, 2015).

Summarizing, the definition of the methodological scope for the research, based on the PCSD Framework, was organized as follows:

1. Analytical Framework (thematic section);
 - 1.2 Policy-interlinkages (thematic subsection); and
 - 1.2.1 Coherence between the SDGs and national policies (First level).

18 OECD, The Organisation For Economic Co-Operation And Development. Better Policies for Sustainable Development 2016: A New Framework for Policy Coherence. Paris: **OECD Publishing**, 2016.

19 OECD, The Organisation For Economic Co-Operation And Development. Better Policies for Sustainable Development 2016: A New Framework for Policy Coherence. Paris: **OECD Publishing**, 2016.

As the literature still lacks specific tools to quantify the coherence between the SDGs and national policies, it was necessary to develop a procedure for this purpose. The flexibility provided by the PCSD Framework allowed this research to innovate and create a customized procedure for analysis of coherence between the SDGs nationalized to the Brazilian context and the PNAE.

The analysis is based on the concept of ‘coherence link’. The methodology considers a ‘coherence link’ the match, at a more granular level, between each of the 169 targets and any normative section of the legal framework. In addition, the sections were identified in their most specific form, that is, in situations where there was an option of defining the reference point with an article or with an item that was part of the article, the latter option was chosen.

It is important to stress that there are considerable variations of legal technique employed to designate a specific legal section.

The procedure developed for coherence analysis was divided into four broad stages:

1. First stage: Literature review;
2. Second stage: mapping of the ‘coherence links’ between SDGs and the legal framework of PNAE;
3. Third stage: quantification of the intensity of coherence by target, SDG and in general;
4. Fourth stage: detailed analysis focusing the coherence links that present thematic affinity to MDG 1 (SDG 1 and SDG 2).

1. First stage: Literature review

1.1. The study searched and systematized references related to the policies, programmes and legal framework on school feeding in Brazil; on the SDGs; and on coherence in public policies for sustainable development.

1.2. The literature review focused on articles from scientific journals from the last 15 years (2002-2017) as well as from books and official reports and documents from government, government related agencies and international organizations.

1.3. A reverse search was performed to identify original studies published and not located in the reference lists of the selected articles.

1.4. The study searched publications in Portuguese

and in English available on CAPES (Coordination for the Improvement of Higher Education Personnel) platform of journals, as well as on Google Scholar. Boolean operators (AND, OR) and graphic signals (quotation marks and parentheses) were used to search the defined descriptors. Descriptors and common terms in the literature were chosen to guide the search of **scientific** articles.

2. Second stage: mapping of the coherence links between SDGs and PNAE’s legal framework:

2.1 The mapping was done in a granular level for both sides of the coherence link. In the SDG side, target level was used; in the legal framework side, the normative level of excerpts (articles, paragraphs, subparagraph, item) was used.

2.2 MaxQDA qualitative data analysis software (version 12.2.1) was used. The 39 official documents selected in the literature review were imported into the software. These documents were segmented into folders according to type: Laws, Decrees, Ordinances, Resolutions, Instructions, Technical Notes, among others. The “extended lexical search” function was used for semiautomatic identification of the related SDG words. The terms used in the search were extracted from each of the 169 targets. Search strings were used together to optimize searches.

2.3 Of the documents surveyed, the normative sections that presented coherence with the 17 SDGs at the target level were identified. The excerpts were organized in a spreadsheet using Microsoft Excel 2013, to demonstrate the relationship between legal excerpts and targets (‘coherence links’).

3. Third stage: quantification of the intensity of coherence by target, SDG and in general

3.1. Each coherence link was classified into three categories developed by the author to estimate the intensity of coherence. The categories are: excerpts from FNDE regulations; excerpts from Laws; and excerpts of general application.

3.1.1. Excerpts from PNAE regulations: those coherence links formed by excerpts present in norms that had the main purpose of regulating PNAE were considered as having a more intense level of coherence (therefore, received a score of 1). In contrast, excerpts that were present in the norms of PNAE legal framework, but that did not have the main purpose of regulating

this programme, received a score of 0 (zero).

3.1.2. Excerpts from Laws: the coherence links formed by excerpts present in Law were considered as having a more intense level of coherence (therefore, they received a score of 1). This choice was because this type of norm (the law) was of a higher hierarchy among the norms used as the basis for analysis (according to the Kelsen Pyramid²⁰). On the other hand, those coherence links, for example, composed of excerpts that were present in infra-legal norms (for example, Decree, Ordinance, Resolution, Instruction, Technical Norm) were not classified as excerpts from Laws and received a score of 0);

3.1.3. Excerpts of general application: the coherence links formed by excerpts present in the legal framework of general application were considered as having a more intense level of coherence. This choice was made because the PNAE stipulates that at least 30% of the food purchases for the programme must originate from smallholding farms, so many of the excerpts identified in the legal framework of the programme refer only to that subgroup. Since this part of the norm has got different characteristics and since it cannot be extrapolated for the whole programme, the decision was made in order to differentiate it. The excerpts that referred to the programme as a whole were classified as “excerpts of general application” (therefore, they received a score of 1). Conversely, the excerpts that referred only to the minimum 30% of purchase from the smallholding farm were not classified as such (they received a score of 0).²¹

4. Fourth stage: detailed analysis focusing the coherence links that present thematic affinity to MDG 1 (SDG 1 and SDG 2).

4.1. The software MaxQDA (version 12.2.1) was used to identify, among the scientific papers and documents collected in the first stage, the theoretical basis and the justifications for the coherence links identified and measured for the SDGs (numbers 1 and 2), and

their respective related targets (n=11).

4.2. For each of the 37 targets identified in the second stage, the location of the normative sections (articles or paragraphs) in the legal framework was described.

4.3. The quantitative results found in stages two and three were incorporated in the analysis, both of the two SDGs and of the 11 targets analysed in this fourth stage.

4.4. The relationship between each target and the respective normative sections that formed the coherence link were described in detail, incorporating, in cases where it was necessary, the theoretical basis that substantiate the coherence link.

3. RESULTS AND DISCUSSION

This section follows the structure presented in the Methodology section, starting from the Second stage.

Second stage: mapping of the coherence links between SDGs and PNAE’s legal framework.

This stage of the research aimed to answer mainly two questions: in how many SDGs and in how many targets were there any coherence links? Thus, SDGs and targets were counted in those situations in which at least one coherence link was found, reaching respectively 13 SDGs and 37 targets.

According to the following **Box 1** and **Graph 1**, the analysis at a more aggregated level presents a high proportion of SDGs (76.4% out of a total of 17) where coherence links were present within the federal legal framework of the PNAE. However, in the less aggregated level of the targets, the proportion in which some sort of coherence was present was significantly lower (21.8% of the total of 169).

20 KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do Estado. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

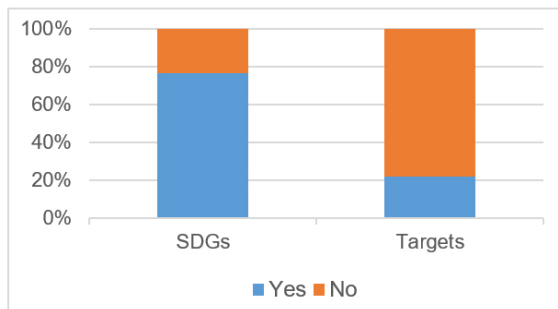
21 The “Excerpts of “general application” classification considered not only the legal framework of the FNDE, but also other regulations related to the PNAE of responsibility of other agencies. Thus, for example, when some PAA regulation mentioned “public call for proposals”, which is the way food purchases are obtained from smallholding farms, the section scored ‘0’ because it belonged to a minimum of 30% and could not be extrapolated.

Box 1: Number and percentage of existing coherence links in the group of 17 SDGs and in the group of 169 goals.

Were there any coherence links?				
	SDGs		Targets	
	Number	%	Number	%
Yes	13	76.47%	37	21.89%
No	4	23.53%	132	78.11%
Total	17	100%	169	100%

Source: Elaborated by the author.

Graph 1: Percentage of existing coherence links in the group of 17 SDGs and in the group of 169 targets.



Source: Elaborated by the author

Box 2 shows the total number of SDGs targets and the proportion of these targets in which there is some existing coherence links in relation to the total number of SDG targets. **Graph 2** illustrates this proportion. The five SDGs presenting highest numbers of targets with coherence links (or coherent targets) are: SDG 1 (n=6, 87.7%), SDG 2 (n=5, 62.5%), SDG 4 (n=4, 40%), SDG 12 (n=4, 36.4%) and SDG 15 (n=4, 33.3%).

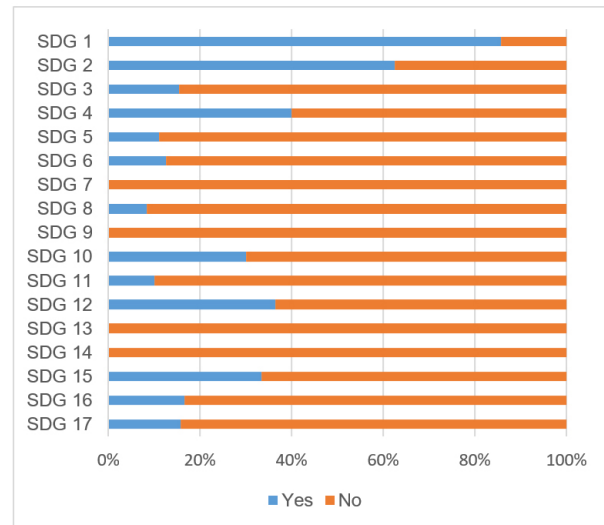
Box 2: Total number of targets by SDG, number of targets presenting coherence links, and percentage of targets presenting coherence links for the 17 SDGs (color scale totaled by column).

	Targets		
	Total number of targets by SDG	Existing coherence links	Percentage of existing coherence links by SDG
SDG 1	7	6	85,7%
SDG 2	8	5	62,5%
SDG 3	13	2	15,4%
SDG 4	10	4	40,0%

	Total number of targets by SDG	Targets	
		Existing coherence links	Percentage of existing coherence links by SDG
SDG 5	9	1	11,1%
SDG 6	8	1	12,5%
SDG 7	5	0	0,0%
SDG8	12	1	8,3%
SDG9	8	0	0,0%
SDG 10	10	3	30,0%
SDG 11	10	1	10,0%
SDG 12	11	4	36,4%
SDG 13	5	0	0,0%
SDG 14	10	0	0,0%
SDG 15	12	4	33,3%
SDG 16	12	2	16,7%
SDG 17	19	3	15,8%
TOTAL	169	37	

Source: Elaborated by the author.

Graph 2: Percentage of targets presenting coherence links for each of the 17 SDGs.



Source: Elaborated by the author.

Box 3, Graph 3 and Graph 4 demonstrate the presence and quantity of coherence links by SDG and by target. Coherence links were identified in 13 SDGs (76.47% of 17 SDGs) and in 37 targets (21.89% of 169 Targets). No coherence links were found in the following: SDG 7, SDG 9, SDG 13 and SDG 14.

In total, 162 coherence links were mapped. The SDG with the highest number of coherence links was the SDG 2 (21%, n = 34). The target with the highest number of coherence links was the target 3.4 (9.3%, n = 15).

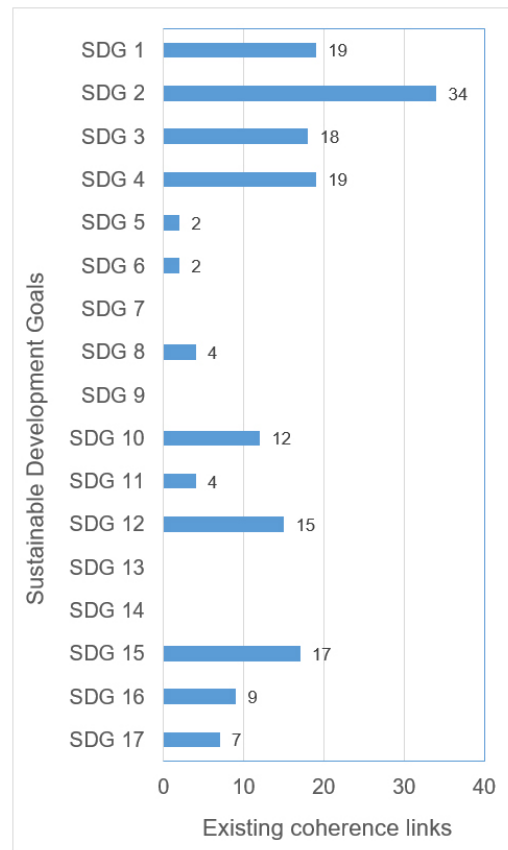
Box 3: Presence and quantity of existing coherence links by SDG and by target and their respective relative percentage (color scale totaled by column)

Coherence links						
By Goal				By Target		
Name	Present	Number	%	Name	Number	%
SDG 1	Yes	19	11,7%	target 1.1	4	2,5%
				target 1.2	3	1,9%
				target 1.3	3	1,9%
				target 1.4	5	3,1%
				target 1.5	3	1,9%
				target 1.a	1	0,6%
SDG 2	Yes	34	21,0%	target 2.1	10	6,2%
				target 2.2	7	4,3%
				target 2.3	10	6,2%
				target 2.4	6	3,7%
				target 2.5	1	0,6%
SDG 3	Yes	18	11,1%	target 3.4	15	9,3%
				target 3.9	3	1,9%
SDG 4	Yes	19	11,7%	target 4.1	5	3,1%
				target 4.2	5	3,1%
				target 4.5	7	4,3%
				target 4.7	2	1,2%
SDG 5	Yes	2	1,2%	target 5.a	2	1,2%
SDG 6	Yes	2	1,2%	target 6.3	2	1,2%
SDG 7	No					
SDG 8	Yes	4	2,5%	target 8.4	4	2,5%
SDG 9	No					
SDG 10	Yes	12	7,4%	target 10.1	3	1,9%
				target 10.2	8	4,9%
				target 10.4	1	0,6%
SDG 11	Yes	4	2,5%	target 11.a	4	2,5%
SDG 12	Yes	15	9,3%	target 12.2	4	2,5%
				target 12.5	1	0,6%
				target 12.7	6	3,7%
				target 12.8	4	2,5%
SDG 13	No					
SDG 14	No					
SDG 15	Yes	17	10,5%	target 15.1	1	0,6%
				target 15.5	5	3,1%
				target 15.9	6	3,7%
				target 15.a	5	3,1%
SDG 16	Yes	9	5,6%	target 16.7	8	4,9%
				target 16.b	1	0,6%
SDG 17	Yes	7	4,3%	target 17.6	3	1,9%
				target 17.9	1	0,6%
				target 17.16	3	1,9%
TOTAL		162	100,0%	TOTAL	162	100,0%

Coherence links						
By Goal				By Target		
Name	Present	Number	%	Name	Number	%
SDG 14	No					
SDG 15	Yes	17	10,5%	target 15.1	1	0,6%
				target 15.5	5	3,1%
				target 15.9	6	3,7%
				target 15.a	5	3,1%
SDG 16	Yes	9	5,6%	target 16.7	8	4,9%
				target 16.b	1	0,6%
SDG 17	Yes	7	4,3%	target 17.6	3	1,9%
				target 17.9	1	0,6%
				target 17.16	3	1,9%
TOTAL		162	100,0%	TOTAL	162	100,0%

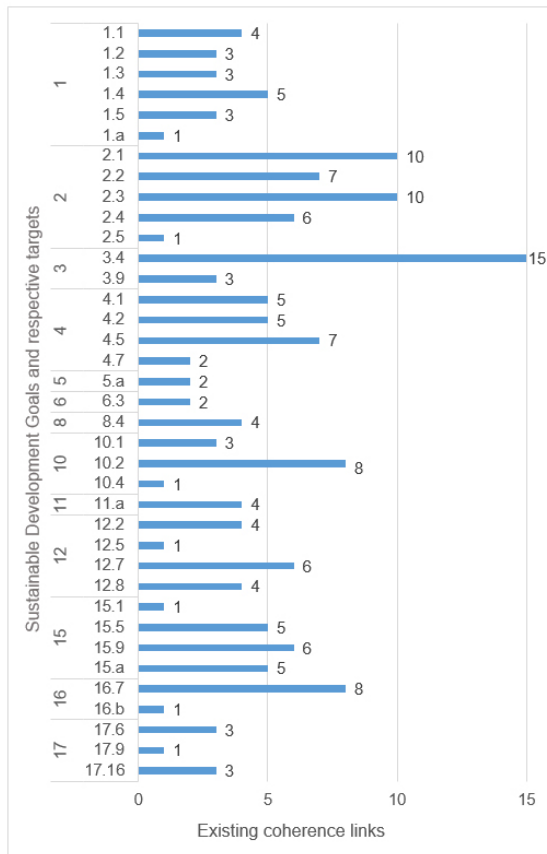
Source: Elaborated by the author.

Graph 3: Number of coherence links by SDG (for all the 17 SDGs)



Source: Elaborated by the author.

Graph 4: Number of coherence links by SDG and by target (only for SDGs and targets where coherence links were present).



Source: Elaborated by the author.

Third stage: quantification of the intensity of coherence by target, SDG and in general.

Box 4, Graph 5 and Graph 6 demonstrate the intensity of coherence by SDG and by target. The analysis estimated that the total coherence was 452 (100%). The SDG with the highest coherence intensity was SDG 2 (21.2%, n = 96). The target with the highest coherence intensity was target 3.4 (10.8%, n = 49).

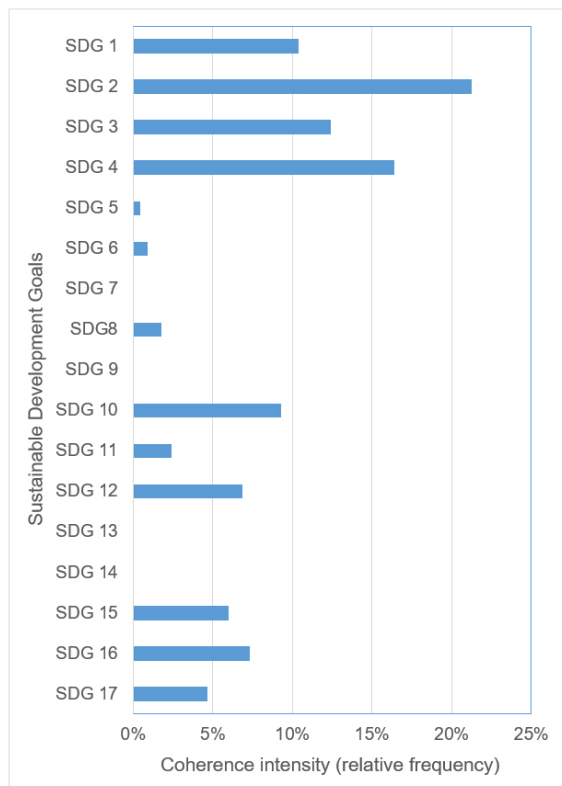
Box 4: Intensity of coherence by SDG and by target, in absolute and relative values (color scale totaled by column).

Coherence intensity					
By Goal			By Target		
Name	Number	%	Name	Number	%
SDG 1	47	10,4%	target 1.1	8	1,8%
			target 1.2	7	1,5%
			target 1.3	11	2,4%
			target 1.4	11	2,4%
			target 1.5	7	1,5%
SDG 2	96	21,2%	target 1.a	3	0,7%
			target 2.1	34	7,5%
			target 2.2	28	6,2%
			target 2.3	19	4,2%
			target 2.4	14	3,1%
SDG 3	56	12,4%	target 2.5	1	0,2%
			target 3.4	49	10,8%
SDG 4	74	16,4%	target 3.9	7	1,5%
			target 4.1	20	4,4%
			target 4.2	20	4,4%
			target 4.5	27	6,0%
SDG 5	2	0,4%	target 4.7	7	1,5%
			target 5.a	2	0,4%
SDG 6	4	0,9%	target 6.3	4	0,9%
SDG 7					
SDG 8	8	1,8%	target 8.4	8	1,8%
SDG 9					
SDG 10	42	9,3%	target 10.1	9	2,0%
			target 10.2	29	6,4%
			target 10.4	4	0,9%
SDG 11	11	2,4%	target 11.a	11	2,4%
SDG 12	31	6,9%	target 12.2	8	1,8%
			target 12.5	3	0,7%
			target 12.7	12	2,7%
			target 12.8	8	1,8%
SDG 13					
SDG 14					
SDG 15	27	6,0%	target 15.1	1	0,2%
			target 15.5	9	2,0%
			target 15.9	8	1,8%
			target 15.a	9	2,0%
SDG 16	33	7,3%	target 16.7	30	6,6%
			target 16.b	3	0,7%

Coherence intensity					
By Goal			By Target		
Name	Number	%	Name	Number	%
SDG 17	21	4,6%	target 17.6	9	2,0%
			target 17.9	3	0,7%
			target 17.16	9	2,0%
TOTAL	452	100,0%	TOTAL	452	100,0%

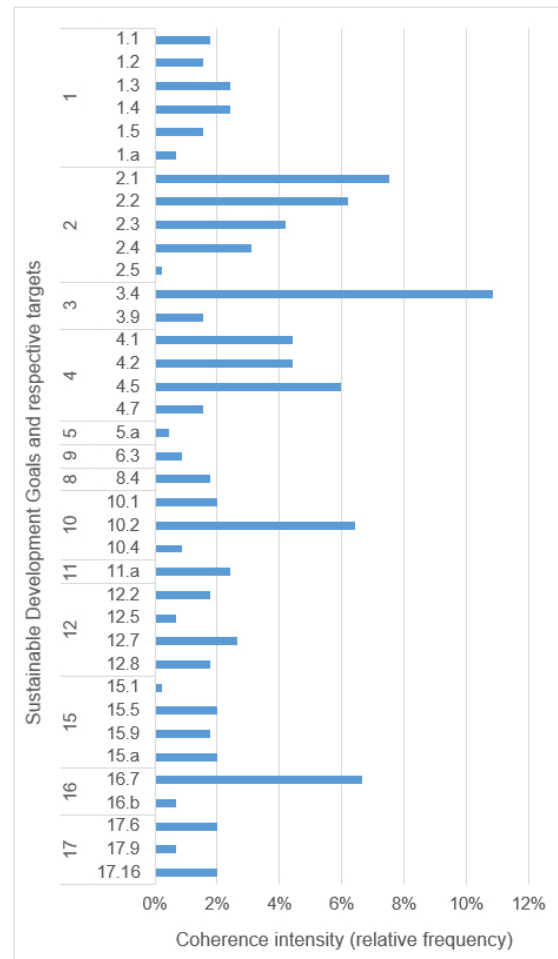
Source: Elaborated by the author.

Graph 5: Coherence intensity by SDG, for all the 17 SDGs (relative frequency).



Source: Elaborated by the author.

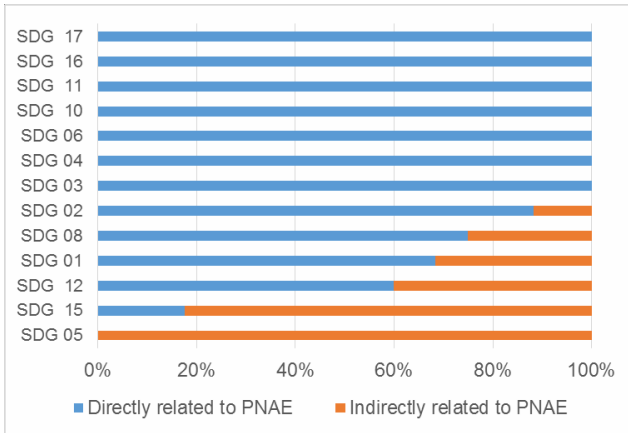
Graph 6: Coherence intensity by SDG and by target (relative frequency), only for those SDGs and targets in which coherence links were present.



Source: Elaborated by the author.

The following **Graph 7** presents the percentage of coherence intensity related to the excerpts of PNAE's legal framework divided in two segments: directly related to PNAE and indirectly related to PNAE. This first group is composed of excerpts present in norms that had the main purpose of regulating PNAE. In contrast, the second group is composed of excerpts that were present in the norms of PNAE legal framework, but that did not have the main purpose of regulating this programme.

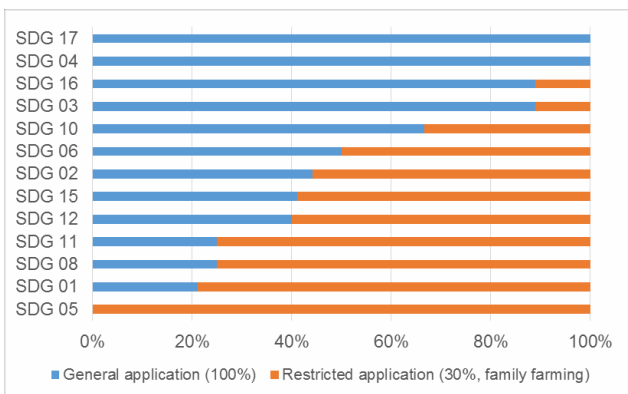
Graph 7: Percentage of coherence intensity related to the excerpts of PNAE’s legal framework divided in two segments, directly related to PNAE and indirectly related to PNAE, by SDG.



Source: Elaborated by the author.

The following **Graph 8** presents the percentage of coherence intensity related to the excerpts of PNAE’s legal framework divided in two segments: general application (100%) and family farming only (30%). The PNAE stipulates that at least 30% of the food purchases for the programme must originate from smallholding farms, making many of the excerpts identified in the legal framework of the programme refer only to that subgroup. The excerpts that referred to the programme as a whole were classified as excerpts of general application.

Graph 8: Percentage of coherence intensity related to the excerpts of PNAE’s legal framework divided in two segments, general application (100%) and family farming only (30%), by SDG.



Source: Elaborated by the author.

It is important to note that in **Graph 7** and **Graph 8**, SDG 5 (achieve gender equality and empower all women and girls) is the only SDG that is integrally (100%) and simultaneously in the groups of lower intensity of coherence: “indirectly related to PNAE” and “restricted application”. For this reason, the intensity of coherence of the SDG is the weakest.

Fourth stage: detailed analysis focusing the coherence links that present thematic affinity to MDG 1 (SDG 1 and SDG 2).

Analysis of the coherence links: SDG 1

SDG 1 calls for an end to poverty in all its forms everywhere. The United Nations recognizes that eradicating poverty in all its forms and dimensions is the greatest global challenge and an indispensable requirement for sustainable development. Although hundreds of millions of people have left extreme poverty in the past generation,²² there are still 836 million people living in extreme poverty (UNITED NATIONS, 2017).²³

Brazil overcame the MDG target related to hunger and extreme poverty, halving the numbers of 1990 at least 13 years earlier than the deadline stated by the UN.²⁴ Regarding the MDG related to reducing the percentage of poor to one fourth from that of 1990, the country surpassed it seven years before the deadline stated by the UN. WFP documents acknowledge that both extreme poverty and poverty have been significantly reduced in Brazil in recent years.²⁵ From 2001 to 2011, extreme poverty fell from 10.6% to 6.5% and poverty fell from 25.4% to 13.2% among the general population. With regard to the rural population, extreme poverty fell from 21.0% to 8.4% and poverty fell from 42.6%

22 UNITED NATIONS, General Assembly. Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, 21 October 2015.

23 UNITED NATIONS. Sustainable Development Knowledge Platform. SDG 1. Available at: <<https://sustainabledevelopment.un.org/sdg1#>> Last access: 1 april 2017.

24 IPC-IG; UNDP, International Policy Centre for Inclusive Growth / United Nations Development Programme. Structured Demand and Smallholder Farmers in Brazil: the Case of PAA and PNAE. Brasília, 2013.

25 IPC-IG; UNDP, International Policy Centre for Inclusive Growth / United Nations Development Programme. Structured Demand and Smallholder Farmers in Brazil: the Case of PAA and PNAE. Brasília, 2013.

to 21.8%.^{26 27}

The PNAE and the Food Acquisition Programme (PAA) are fundamental tools for understanding the successful experience of Brazil in fighting poverty.²⁸ The PAA acquires food to store, to regulate prices and to provide food assistance to vulnerable groups. The PNAE focuses on school feeding as a means of promoting food security, keeping students enrolled and performing well at school, as well as expanding the share of smallholder farmers through the stable demand of institutional market.²⁹

In 2017, with the budget forecast of R\$ 4.15 billion for school feeding, the obligation imposed on the states and municipalities to acquire at least 30% of food for school feeding from smallholder farmers is expected to generate an institutional market of at least R\$ 1.24 billion in local purchases.^{30 31 32}

The two programmes, acting together, are examples of how the inclusion of public procurement in social policies have the potential to generate an increase in farmers' income and promote social inclusion.³³ The incentive to purchase food from smallholder farmers by both programmes is especially relevant in a national context where self-employed individuals are still over-

26 IPC-IG; UNDP, International Policy Centre for Inclusive Growth / United Nations Development Programme. Structured Demand and Smallholder Farmers in Brazil: the Case of PAA and PNAE. Brasília, 2013.

27 People in extreme poverty and in poverty are people that live with up to R\$70 (US\$ 18,76*) and R\$140 (US\$ 37.53*) per month, according to criteria adopted by the federal government. Brazil applies a different criteria in comparison to the one adopted by the target 1.1, i.e., people who live with less than USD 1.25 per day. *BACEN/PTAX for the year 2017.

28 IPC-IG; UNDP, International Policy Centre for Inclusive Growth / United Nations Development Programme. Structured Demand and Smallholder Farmers in Brazil: the Case of PAA and PNAE. Brasília, 2013.

29 IPC-IG; UNDP, International Policy Centre for Inclusive Growth / United Nations Development Programme. Structured Demand and Smallholder Farmers in Brazil: the Case of PAA and PNAE. Brasília, 2013.

30 SANTARELLI, M. Cooperação Sul-Sul brasileira: a experiência do Programa Nacional de Alimentação Escolar em Moçambique. ActionAid Brasil, 2015. 31 p.

31 Respectively US\$1.33 billion* and US\$ 397 million*. Exchange rate for the Brazilian Real (R\$) against the American Dollar (US\$). *BACEN/PTAX for the year 2017.

32 The example from SANTARELLI (2015) was updated with more recent data, based on the budget for the fiscal year of 2017.

33 IFPRI, International Food Policy Research Institute. Global Nutrition Report 2016. From Promise to Impact: Ending Malnutrition by 2030. Washington, DC: 2016.

-represented as poor or extreme poor.³⁴

The PNAE is the largest structured demand for smallholder farmers in Brazil³⁵ and one of the largest in the world (IPC-IG; UNDP, 2013). In 2014, 47% of the PAA suppliers met the criterion of the 'Brazil without Misery Plan', which provided assistance for Brazilians with a monthly income of less than R\$ 70.³⁶ Among this segment of the population, there were smallholder and family farmers, individual family farmers, land reform settlers, indigenous peoples and *quilombolas* (maroon communities). Rural poverty in Brazil is higher than urban poverty³⁷ and smallholder and family farmers are 28.3% of the people living in poverty and 11.4% of the people living in extreme poverty in the country.

Box 5 shows the targets of the SDG 1 that presented coherence with the PNAE's legal framework and the excerpts in which this links are based. Each line of the box corresponds to a coherence link. The structure of each of the three groups (excerpts from PNAE regulations, from Law and of general application) is described in the methodology section.

Box 5: Coherent targets of SDG 1.

Target	Description	Excerpts			Legal framework
		from FNDE regulations	from Laws	of general application	
1.1	By 2030, eradicate extreme poverty for all people everywhere, currently measured as people living on less than \$1.25 a day	1	1	0	Law 11.947/2009; Art. 2; V
		1	1	0	Law 11.947/2009; Art. 14
		0	0	0	Decree 7.775/2012; Art. 4; II
		0	0	0	Decree 7.775/2012; Art. 46

34 IPC-IG; UNDP, International Policy Centre for Inclusive Growth / United Nations Development Programme. Structured Demand and Smallholder Farmers in Brazil: the Case of PAA and PNAE. Brasília, 2013.

35 WFP, World Food Programme Centre Of Excellence Against Hunger. Food and Social Policies Series. Scale of Public Food Procurement in Brazil. Brasília, [no date].

36 OECD; FAO, The Organisation For Economic Co-Operation And Development / Food and Agriculture Organization of the United Nations. Brazilian agriculture: Prospects and challenges. In: OECD/FAO Agricultural Outlook 2015-2024. Paris: **OECD Publishing**, 2015.

37 WFP, World Food Programme Centre Of Excellence Against Hunger. Food and Social Policies Series. Scale of Public Food Procurement in Brazil. Brasília, [no date].

Target	Description	Excerpts			Legal framework
		from FNDE regulations	from Laws	of general application	
1.2	By 2030, reduce at least by half the proportion of men, women and children of all ages living in poverty in all its dimensions according to national definitions	1	1	0	Law 11.947/2009; Art. 2; V
		1	1	0	Law 11.947/2009; Art. 14
		0	0	0	Decree 7.775/2012; Art. 8
		0	0	0	Decree 7.775/2012; Art. 46
1.3	Implement nationally appropriate social protection systems and measures for all, including floors, and by 2030 achieve substantial coverage of the poor and the vulnerable	1	1	1	Law 11.947/2009; Art. 2; III
		1	1	0	Law 11.947/2009; Art. 2; V
		1	1	1	Law 11.947/2009; Art. 5; § 5; I
1.4	By 2030, ensure that all men and women, in particular the poor and the vulnerable, have equal rights to economic resources, as well as access to basic services, ownership and control over land and other forms of property, inheritance, natural resources, appropriate new technology and financial services, including microfinance	1	1	0	Law 11.947/2009; Art. 2; V
		1	1	0	Law 11.947/2009; Art. 14
		1	0	1	Resolution CD/FNDE/MEC n° 1/2017; Art. 1
		0	0	0	Decree 7.775/2012; Art. 4; II
1.5	By 2030, build the resilience of the poor and those in vulnerable situations and reduce their exposure and vulnerability to climate-related extreme events and other economic, social and environmental shocks and disasters	1	1	0	Law 11.947/2009; Art. 2; V
		1	1	0	Law 11.947/2009; Art. 14
		0	0	0	Decree 7.775/2012; Art. 8

Target	Description	Excerpts			Legal framework
		from FNDE regulations	from Laws	of general application	
1.a	Ensure significant mobilization of resources from a variety of sources, including through enhanced development cooperation, in order to provide adequate and predictable means for developing countries, in particular least developed countries, to implement programmes and policies to end poverty in all its dimensions	1	0	1	Technical note DIDAF/COSAN/CGPAE/DIRAE n° 5003/2016; 4.34

Source: Elaborated by the author.

The analysis of the coherence links of target 1.1 suggests that both - the sections of Law 11.947/2009³⁸ and those of Decree 7.775/2012³⁹, aim to prioritize the purchase of food for school feeding from suppliers that are smallholder farmers, indigenous peoples and *quilombola* communities, as well as women. Thus, the regulations favor vulnerable segments of Brazilian population living in poverty or extreme poverty.^{40 41 42}

An explicit mention to the establishment of mechanisms aimed to increasing participation of suppliers who are living in extreme poverty in the PAA was identified in article 46 of Decree 7.775/2012.⁴³ Producti-

38 BRASIL. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. Lei n. 11.947, de 16 de junho de 2009. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos da educação básica e dá outras providências. Brasília, 2009a.

39 BRASIL. Casa Civil. Decreto N° 7.775, de 4 de julho de 2012. Regulamenta o art. 19 da Lei no 10.696, de 2 de julho de 2003, que institui o Programa de Aquisição de Alimentos, e o Capítulo III da Lei no 12.512, de 14 de outubro de 2011, e dá outras providências. Brasília, 2012.

40 UNSCN, United Nations Standing Committee On Nutrition. Country Policy Analysis: Nutrition Impact of Agriculture and Food Systems, Brazil. Geneva, 2013.

41 PAULILO, M.I.S. Trabalho familiar: uma categoria esquecida de análise. *Revista Estudos Feministas*, 12(1): 229-252, 2004.

42 COIMBRA JR. C.E.A.; SANTOS, R.V. Health, minorities and inequality: some webs of inter-relations, emphasizing indigenous peoples in Brazil. *Ciênc. saúde coletiva*, 5(1): 125-132, 2000.

43 BRASIL. Casa Civil. Decreto N° 7.775, de 4 de julho de 2012.

ve inclusion was one of the factors that contributed the most to the reduction of extreme poverty in the country,⁴⁴ and it is clear the relevance of productive inclusion in the context of target 1.1.

Similarly, for target 1.2, the research identified sections in Law 11.947/2009⁴⁵ and Decree 7.775/2012,⁴⁶ which mention the priority should be given to groups in vulnerability and poverty when purchasing food for school feeding.

Regarding poverty reduction, Article 8 of Decree 7.775/2012⁴⁷ sets out as one of the mechanisms used by the PAA for this purpose to encourage the acquisition of seeds, seedlings and other food crops up to a limit of five percent of the programme's annual budget.

In addition, item I of paragraph 5 of Article 5 of Law 11.947/2009⁴⁸ determines that nonprofit organizations or institutions maintained by nonprofits are included in the public served by school meals. Target 1.3, when focusing on the social protection, is coherent with item III of Article 2 of Law 11.947/2009,⁴⁹ which determines the universality of the school feeding programme. The PNAE works as a social protection ne-

work^{50 51}: it seeks to ensure that all students enrolled in public schools in the country have access to food during the school period without any kind of age, economic or social distinction.

In addition to ensuring students' access to meals while in school, the Programme also has a social protection function for the smallholder and family farmers who sell their products to the PNAE.⁵² Among the food suppliers considered as priority, there are segments of poor and vulnerable^{53 54} individuals such as family farmers, rural entrepreneurs, indigenous people and *quilombolas*.

The productive inclusion of poor and vulnerable segments of the population is a topic that appears again in the analysis of target 1.4. The sections identified as coherent with target 1.4 in Law 11.947/2009⁵⁵ and Decree 7.775/2012⁵⁶ relate to the productive inclusion of food suppliers in situations of extreme poverty. To the segments already mentioned, foresters, fish farmers, extractivists and artisanal fishermen are added. Encouraging the production and sale of food from these segments to the PNAE helps to generate income among these populations.⁵⁷

Regulamenta o art. 19 da Lei no 10.696, de 2 de julho de 2003, que institui o Programa de Aquisição de Alimentos, e o Capítulo III da Lei no 12.512, de 14 de outubro de 2011, e dá outras providências. Brasília, 2012.

44 WFP, World Food Programme Centre Of Excellence Against Hunger. Relatório Anual 2012. Brasília, 2012.

45 BRASIL. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. Lei n. 11.947, de 16 de junho de 2009. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos da educação básica e dá outras providências. Brasília, 2009a.

46 BRASIL. Casa Civil. Decreto N° 7.775, de 4 de julho de 2012. Regulamenta o art. 19 da Lei no 10.696, de 2 de julho de 2003, que institui o Programa de Aquisição de Alimentos, e o Capítulo III da Lei no 12.512, de 14 de outubro de 2011, e dá outras providências. Brasília, 2012.

47 BRASIL. Casa Civil. Decreto N° 7.775, de 4 de julho de 2012. Regulamenta o art. 19 da Lei no 10.696, de 2 de julho de 2003, que institui o Programa de Aquisição de Alimentos, e o Capítulo III da Lei no 12.512, de 14 de outubro de 2011, e dá outras providências. Brasília, 2012.

48 BRASIL. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. Lei n. 11.947, de 16 de junho de 2009. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos da educação básica e dá outras providências. Brasília, 2009a.

49 BRASIL. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. Lei n. 11.947, de 16 de junho de 2009. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos da educação básica e dá outras providências. Brasília, 2009a.

50 DRAKE, L.; WOOLNOUGH, A.; BURBANO, C.; BUNDY, D. Global School Feeding Sourcebook: Lessons from 14 Countries. London: Imperial College Press, 2016.

51 IPC-IG; UNDP, International Policy Centre for Inclusive Growth / United Nations Development Programme. Structured Demand and Smallholder Farmers in Brazil: the Case of PAA and PNAE. Brasília, 2013.

52 IPC-IG; UNDP, International Policy Centre for Inclusive Growth / United Nations Development Programme. Structured Demand and Smallholder Farmers in Brazil: the Case of PAA and PNAE. Brasília, 2013.

53 UNSCN, United Nations Standing Committee On Nutrition. Country Policy Analysis: Nutrition Impact of Agriculture and Food Systems, Brazil. Geneva, 2013.

54 COIMBRA JR. C.E.A.; SANTOS, R.V. Health, minorities and inequality: some webs of inter-relations, emphasizing indigenous peoples in Brazil. *Ciênc. saúde coletiva*, 5(1): 125-132, 2000.

55 BRASIL. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. Lei n. 11.947, de 16 de junho de 2009. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos da educação básica e dá outras providências. Brasília, 2009a.

56 BRASIL. Casa Civil. Decreto N° 7.775, de 4 de julho de 2012. Regulamenta o art. 19 da Lei no 10.696, de 2 de julho de 2003, que institui o Programa de Aquisição de Alimentos, e o Capítulo III da Lei no 12.512, de 14 de outubro de 2011, e dá outras providências. Brasília, 2012.

57 IPC-IG; UNDP, International Policy Centre for Inclusive Growth / United Nations Development Programme. Structured Demand and Smallholder Farmers in Brazil: the Case of PAA and

In addition to ensuring the rights of all to access economic resources, target 1.4 mentions the right to land and land control, as well as access to technologies. To that extent, Law 11.947⁵⁸ is again coherent with this target by citing as one of the priority segments to provide food for the PNAE is the land reform settlers.

In general, the challenges faced by smallholder and family farmers in the course of their productive activities (such as land scarcity, lack of technical assistance and insufficient financial resources) are even greater when it comes to land reform settlements.⁵⁹ The economic resources redistributed to this segment through the acquisition of food for the PNAE increase the generation of employment and income, contributing to strengthen the local economy and to increase the resilience of the settlers.⁶⁰

Target 1.4 also mentions the need to guarantee the right of access to basic services. Considering that school education is a basic service and that it depends on school feeding for its proper functioning – as provided for in article 208 of the Brazilian Federal Constitution⁶¹ – the PNAE aims to guarantee access to specific school feeding for groups that are admittedly more vulnerable. As stated in Resolution CD/FNDE/MEC no. 1/2017, there is specific monetary transfer for indigenous and *quilombola* students, based on the recognition of the precarious conditions of health and nutrition of these populations.⁶²

Target 1.5 mentions the need to build the resilience of the poor and those in vulnerable situations. As mentioned in previous analyzes, the PNAE seeks to prioritise

segments of society that are in a situation of poverty and vulnerability in the context of food acquisition. The Programme's incentive in this regard helps to build their resilience against shocks and economic disasters. The diversified production of food also facilitates the use of the production for self-consumption in case of environmental and climate-related disasters, reducing their vulnerability to these events.⁶³ It is known that local production by smallholder farmers allows for a more diverse and resilient food system.⁶⁴

It also contributes to the construction of a more resilient food system with greater food and nutritional security, facilitating the access to seeds by smallholder farmers.⁶⁵ As already pointed out for target 1.2, Article 8 of Decree 7.775/2012⁶⁶ encourages the acquisition of seeds, seedlings and other food crops by suppliers benefited from the programme, which represents an impact of the PNAE, in coordinated operation with the PAA, on improving agricultural resilience at the local level.

The analysis of target 1.a, when mentioning the need to enhance development cooperation, allowed to identify a coherence link with the Technical Note DIDAF/COSAN/CGPAE/DIRAE n° 5003/2016.⁶⁷ In this document, the PNAE is cited as an international reference in technical cooperation between developing countries and its insertion in several projects funded by international organizations, such as the Food and Agriculture Organization (FAO) and the WFP.

In fact, Brazilian cooperation in food and nutrition

PNAE. Brasília, 2013.

58 BRASIL. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. Lei n. 11.947, de 16 de junho de 2009. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos da educação básica e dá outras providências. Brasília, 2009a.

59 SANGALLI, A.R. *et al.* Produção e geração de renda na agricultura familiar: um diagnóstico do assentamento rural Lagoa Grande em Dourados, Mato Grosso do Sul. **Ciência e Natura**, 36(2): 180–192, 2014.

60 BRASIL. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. Aquisição de produtos da agricultura familiar para a alimentação escolar: 2ª edição - versão atualizada com a Resolução CD/FNDE n° 04/2015. Brasília: FNDE, 2016a.

61 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: **Senado Federal: Centro Gráfico**, 1988. 292 p.

62 GIORDANI, R.C.F.; GIL, L.P.; AUZANI, S.C.S. Políticas públicas em contextos escolares indígenas: repensando a alimentação escolar. **Espaço Ameríndio**, 4:25-51, 2010.

63 GRISA, C.; SCHNEIDER, S. “Plantar pro gasto”: a importância do autoconsumo entre famílias de agricultores do Rio Grande do Sul. **Rev. Econ. Sociol. Rural**. 46(2): 481- 515, 2008.

64 ROMANELLI, C., *et al.* Connecting global priorities: biodiversity and human health: a state of knowledge review. World Health Organization/Secretariat of the UN Convention on Biological Diversity, 2015.

65 ROMANELLI, C., *et al.* Connecting global priorities: biodiversity and human health: a state of knowledge review. World Health Organization/Secretariat of the UN Convention on Biological Diversity, 2015.

66 BRASIL. Casa Civil. Decreto N° 7.775, de 4 de julho de 2012. Regulamenta o art. 19 da Lei no 10.696, de 2 de julho de 2003, que institui o Programa de Aquisição de Alimentos, e o Capítulo III da Lei no 12.512, de 14 de outubro de 2011, e dá outras providências. Brasília, 2012.

67 BRASIL. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. Nota Técnica n° 5003/2016/DIDAF/COSAN/CGPAE/DIRAE. Análise do estágio de implementação do artigo 14 da Lei n° 11.947/2009 – aquisição de gêneros alimentícios diretamente da agricultura familiar para o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE). Brasília, 2016b.

issues went through a period of rapid expansion between 2003 and 2010.⁶⁸ The Zero Hunger Strategy, an initiative of which the PNAE and the PAA are part, began to influence Brazil's cooperation agreements with other developing countries and with multilateral agencies, making food and nutritional security one of the main agendas for South-South cooperation.⁶⁹

Analysis of the coherence links: SDG 2

SDG 2 aims to end hunger, achieve food security and improve nutrition and promote sustainable agriculture. The UN is determined to end hunger and achieve food security as a matter of priority and to end all forms of malnutrition. The importance of designating resources to supporting smallholder farmers, especially women farmers, particularly in the least developed countries - a priority in the MDGs - is reaffirmed in the 2030 Agenda.⁷⁰

Brazil achieved considerable results regarding the MDG 1 (ending hunger and extreme poverty),⁷¹ including the reduction of wasting up to a quarter of the measure of reference (from 7.1% to 1.8%).⁷² In 2014, the country was removed for the first time from the United Nations World Hunger Map. The 2014 State of Food insecurity in the World report highlights the advances Brazil has made in reducing hunger and strengthening food security.⁷³

The prevalence of stunting has decreased conside-

rably in the last decades in the country.⁷⁴ However, there are segments in greater socioeconomic disadvantage and less visibility in the country that still have high prevalence of stunting, such as indigenous children under 5 years of age whose average prevalence in all regions of the country reaches 25.7%.⁷⁵

Brazil's international recognition in the last decade for its successful initiatives to fight hunger and food insecurity is due to the Zero Hunger Strategy and associated public policies and programmes.⁷⁶ Implemented by the Brazilian government in 2003, this strategy is currently recognized as a model by the FAO and the WFP in the fight against hunger and poverty,⁷⁷ and is associated with actions of inclusive economic and social development as well as strengthening smallholder and family farming, inclusive rural development, and improving accessibility to food through various social protection measures.⁷⁸

School feeding was a priority as one of the public food and nutrition programmes under the Zero Hunger Strategy, with the objective of guaranteeing access to food and of improving food security indicators, along with educational indicators.⁷⁹ Brazil became the first country to integrate the link between school feeding and agricultural production to its regulations and the PNAE is currently the most important food and nutri-

68 SANTARELLI, M. *Cooperação Sul-Sul brasileira: a experiência do Programa Nacional de Alimentação Escolar em Moçambique*. ActionAid Brasil, 2015. 31 p.

69 CUNHA, B. *A projeção internacional da Estratégia Fome Zero*. In: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Fome Zero: Uma história brasileira* - v.3. Brasília: MDS, 2010.

70 UNITED NATIONS, General Assembly. *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, 21 October 2015.

71 BRASIL. Secretaria-Geral da Presidência da República Secretaria Nacional de Relações Político-Sociais and United Nations Development Programme (UNDP). *Prêmio Objetivos de Desenvolvimento do Milênio Brasil*. [no date] 80 p.

72 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Análise de Situação de Saúde. *Saúde Brasil 2009: uma análise da situação de saúde e da agenda nacional e internacional de prioridades em saúde*. Brasília: Ministério da Saúde, 2010. 368 p.

73 HUNTER, D.; ÖZKAN I.; BELTRAME, M.O.D.; SAMARASINGHE, W.L.G.; WASIKE, V.W.; CHARRONDIÈRE, U.R.; BORELLI, T.; SOKOLOW, J. Enabled or Disabled: Is the Environment Right for Using Biodiversity to Improve Nutrition? *Front. Nutr.* 3:14, 2016.

74 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Análise de Situação de Saúde. *Saúde Brasil 2009: uma análise da situação de saúde e da agenda nacional e internacional de prioridades em saúde*. Brasília: Ministério da Saúde, 2010. 368 p.

75 COIMBRA JR. C.E.A. The First National Survey of Indigenous People's Health and Nutrition in Brazil: rationale, methodology, and overview of results. *BMC Public Health*, 13:52, 2013.

76 HUNTER, D.; ÖZKAN I.; BELTRAME, M.O.D.; SAMARASINGHE, W.L.G.; WASIKE, V.W.; CHARRONDIÈRE, U.R.; BORELLI, T.; SOKOLOW, J. Enabled or Disabled: Is the Environment Right for Using Biodiversity to Improve Nutrition? *Front. Nutr.* 3:14, 2016.

77 FRAUNDORFER, M. *Fome Zero para o Mundo: a difusão global brasileira do Programa Fome Zero*. Austral: *Revista Brasileira de Estratégia e Relações Internacionais*, 2(4): 97-122, 2013.

78 HUNTER, D.; ÖZKAN I.; BELTRAME, M.O.D.; SAMARASINGHE, W.L.G.; WASIKE, V.W.; CHARRONDIÈRE, U.R.; BORELLI, T.; SOKOLOW, J. Enabled or Disabled: Is the Environment Right for Using Biodiversity to Improve Nutrition? *Front. Nutr.* 3:14, 2016.

79 DRAKE, L.; WOOLNOUGH, A.; BURBANO, C.; BUNDY, D. *Global School Feeding Sourcebook: Lessons from 14 Countries*. London: Imperial College Press, 2016.

tional security programme in the country.⁸⁰

According to the Standing Committee on Nutrition of the United Nations,⁸¹ the PNAE fulfills the design of focusing on how to address the types and causes of malnutrition based on the assessment of local contexts. In addition, it was considered the most nutrition-sensitive initiative analyzed⁸², which considers, among other issues, the approach focused on environmental sustainability, promoting increased food production, targeting the most vulnerable groups and expanding market access to the most vulnerable.

Box 6 presents the targets of SDG 2 (End hunger, achieve food security and improve nutrition and promote sustainable agriculture) that presented in which there was coherence links with the legal framework related to the PNAE. Each line of the box corresponds to a coherence link. The structure of each of the three groups (excerpts from PNAE regulations, from Law and of general application) is described in the methodology.

Box 6: Coherent targets of SDG 2.

Target	Description	Excerpts			Legal framework
		from PNAE regulations	from Laws	of general application	
2.1	By 2030, end hunger and ensure access by all people, in particular the poor and people in vulnerable situations, including infants, to safe, nutritious and sufficient food all year round	1	1	1	Law 11.947/2009; Art. 2; I
		1	0	0	Resolution CD/FNDE/MEC 38/2009; Art. 18
		1	0	0	Resolution CD/FNDE/MEC 38/2009; Art. 18; § 1
		1	0	0	Resolution CD/FNDE/MEC 38/2009; Art. 18; § 4
		1	1	1	Law 11.947/2009; Art. 2; III
		1	1	1	Law 11.947/2009; Art. 2; VI
		1	1	1	Law 11.947/2009; Art. 3
		1	1	1	Law 11.947/2009; Art. 4
		1	1	1	Law 11.947/2009; Art. 12
2.2	By 2030, end all forms of malnutrition, including achieving, by 2025, the internationally agreed targets on stunting and wasting in children under 5 years of age, and address the nutritional needs of adolescent girls, pregnant and lactating women and older persons	1	1	1	Law 11.947/2009; Art. 2; I
		1	1	1	Law 11.947/2009; Art. 2; III
		1	1	1	Law 11.947/2009; Art. 2; VI
		1	1	1	Law 11.947/2009; Art. 3
		1	1	1	Law 11.947/2009; Art. 4
		1	1	1	Law 11.947/2009; Art. 12
		1	1	1	Law 11.947/2009; Art. 17; I

80 HAWKES, C.; BRAZIL, B.G.; CASTRO, I.R.R.; JAIME, P. C. How to engage across

sectors: lessons from agriculture and nutrition in the Brazilian School Feeding Program. *Rev. Saúde Pública*, 50(47), 2016.

81 UNSCN, United Nations Standing Committee On Nutrition. Country Policy Analysis: Nutrition Impact of Agriculture and Food Systems, Brazil. Geneva, 2013.

82 When compared to the National Food and Nutrition Security Policy (PNSAN); the National Agroecology and Organic Production Policy (PNAPO); the Agriculture and Livestock Plans; the Harvest Plan (Family Farming, Fisheries and Aquaculture), the National Programme for Strengthening of Family Farming (PRONAF) and the Food Acquisition Programme (PAA).

Target	Description	Excerpts			Legal framework
		from PNAE regulations	from Laws	of general application	
2.3	By 2030, double the agricultural productivity and incomes of small-scale food producers, in particular women, indigenous peoples, family farmers, pastoralists and fishers, including through secure and equal access to land, other productive resources and inputs, knowledge, financial services, markets and opportunities for value addition and non-farm employment	1	0	0	Resolution CD/FNDE/MEC 38/2009; Art. 18
		1	0	0	Resolution CD/FNDE/MEC 38/2009; Art. 18; § 1
		1	0	0	Resolution CD/FNDE/MEC 38/2009; Art. 18; § 4
		0	0	0	Decree nº 7.775/2012; Art. 4; II
		0	0	0	Decree nº 7.775/2012; Art. 4; VI; § 3
		0	0	0	Decree nº 7.775/2012; Art. 4; VI; § 5
		1	1	0	Law 11.947/2009; Art. 2; V
		1	1	0	Law 11.947/2009; Art. 14
		1	0	0	Resolution CD/FNDE/MEC 26/2013; Art. 24; §1
		1	0	0	Resolution CD/FNDE/MEC 26/2013; Art. 25
2.4	By 2030, ensure sustainable food production systems and implement resilient agricultural practices that increase productivity and production, that help maintain ecosystems, that strengthen capacity for adaptation to climate change, extreme weather, drought, flooding and other disasters and that progressively improve land and soil quality	1	1	1	Law 11.947/2009; Art. 2, V
		1	0	0	Resolution CD/FNDE/MEC 26/2013; Art. 24
		1	0	0	Resolution CD/FNDE/MEC 26/2013; Art. 24; §1
		1	0	0	Resolution CD/FNDE/MEC 26/2013; Art. 25
		1	0	0	Resolution CD/FNDE/MEC 26/2013; Art. 13; §1
		1	0	0	Resolution CD/FNDE/MEC 38/2009; Art. 20; II

Target	Description	Excerpts			Legal framework
		from PNAE regulations	from Laws	of general application	
2.5	By 2020, maintain the genetic diversity of seeds, cultivated plants and farmed and domesticated animals and their related wild species, including through soundly managed and diversified seed and plant banks at the national, regional and international levels, and promote access to and fair and equitable sharing of benefits arising from the utilization of genetic resources and associated traditional knowledge, as internationally agreed	0	0	0	Decree nº 7.775/2012; Art. 8; § 2

Source: Elaborated by the author.

The analysis of the coherence links of target 2.1 brings one of the principles of the PNAE, the universalization of the service, which means that all students enrolled have the right to have access to safe, nutritious and sufficient food throughout the school year in the period they are in school. To that extent, sections identified in Law 11.947/2009⁸³ point to coherence with this target, which concerns the access of students to safe, nutritious and sufficient food all year round.

Presenting a coherence link with target 2.1, the beneficiaries of the Programme are individuals in situations of poverty and vulnerability, such as indigenous

83 BRASIL. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. Lei n. 11.947, de 16 de junho de 2009. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos da educação básica e dá outras providências. Brasília, 2009a.

and *quilombola* students.⁸⁴⁻⁸⁵ The Programme offers specific monetary transfers for school feeding towards these groups of students, as well as meals that provide higher caloric and nutritional values than those offered to other beneficiaries. This strategy is based on data that point to the poorer health and nutrition conditions of these groups when compared to others.⁸⁶ In practice, the PNAE benefits mainly students, including children, with greater nutritional and socioeconomic vulnerability.⁸⁷

By allocating at least 30% of the federal resources for the purchase of food from smallholder farmers, according to Resolution CD/FNDE/MEC 38/2009, student feeding tends to become more diverse and healthy.⁸⁸ The waiver of a bidding process, as stated in the Resolution, facilitates the inclusion of smallholder and family farmers in the institutional markets of school feeding. It is worthwhile to emphasize that it is a priority to receive proposals from local farmers (as local as possible). This measure helps to increase the income of smallholder farmers⁸⁹ by expanding their access to food.⁹⁰ In addition, the diversification of their production⁹¹ extends the guarantee of food and nutritional security among the vulnerable populations of these regions.⁹²

84 UNSCN, United Nations Standing Committee On Nutrition. Country Policy Analysis: Nutrition Impact of Agriculture and Food Systems, Brazil. Geneva, 2013.

85 COIMBRA JR. C.E.A. The First National Survey of Indigenous People's Health and Nutrition in Brazil: rationale, methodology, and overview of results. **BMC Public Health**, 13:52, 2013.

86 GIORDANI, R.C.F.; GIL, L.P.; AUZANI, S.C.S. Políticas públicas em contextos escolares indígenas: repensando a alimentação escolar. **Espaço Ameríndio**, 4:25-51, 2010.

87 ROCHA, C. Developments in National Policies for Food and Nutrition Security in Brazil. **Development Policy Review**, 27(1): 51-66, 2009.

88 SARAIVA, E.B. *et al.* Panorama of purchasing food products from family farmers for the Brazilian School Nutrition Program. **Ciência & Saúde Coletiva**, 18(4): 927-936, 2013.

89 TOMASETTO, M. Z. C.; LIMA, J. F.; SHIKIDA, P. F. A. Desenvolvimento local e agricultura familiar: o caso da produção de açúcar mascavo em Capanema, Paraná. **Interações**, 10(1): 21-30, 2009.

90 IPC-IG; UNDP, International Policy Centre for Inclusive Growth / United Nations Development Programme. Structured Demand and Smallholder Farmers in Brazil: the Case of PAA and PNAE. Brasília, 2013.

91 TOMASETTO, M. Z. C.; LIMA, J. F.; SHIKIDA, P. F. A. Desenvolvimento local e agricultura familiar: o caso da produção de açúcar mascavo em Capanema, Paraná. **Interações**, 10(1): 21-30, 2009.

92 IPC-IG; UNDP, International Policy Centre for Inclusive Growth / United Nations Development Programme. Structured

Target 2.2 raises concerns about food and nutritional security of adolescent girls, pregnant and lactating women and the nutritional status of children under 5 years of age. PNAE beneficiaries include individuals from the mentioned groups who are enrolled in the public school system. The professional responsible for developing menus for school feeding, the nutritionist, should consider the biological differences, age, health condition, possible need for specific attention and possible condition of social vulnerability of students served (item I of Article 2 of Law 11.947/2009).⁹³

The next three SDG 2 targets that will be analyzed focus on food production. Target 2.3 raises the need to increase agricultural production particularly among the most vulnerable groups. The groups mentioned in this goal, smallholder farmers, indigenous peoples and fishermen, are included as possible suppliers of food for the programme and, as already mentioned, can benefit from the waiver of a bidding process. The participation of women among the beneficiaries of the PAA is also a coherence link for this target (Decree 7755/2012).⁹⁴

It should be emphasized that priority is given to purchasing food from the populations and communities at the most local level possible, according to paragraph 4 of Article 18 of Resolution CD/FNDE/MEC 38/2009.⁹⁵ This logic stems from the understanding that local food procurement can facilitate community development and increase food security for vulnerable populations, in addition to increasing income and reducing poverty in rural areas.⁹⁶

Demand and Smallholder Farmers in Brazil: the Case of PAA and PNAE. Brasília, 2013.

93 BRASIL. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. Lei n. 11.947, de 16 de junho de 2009. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos da educação básica e dá outras providências. Brasília, 2009a.

94 BRASIL. Casa Civil. Decreto N° 7.775, de 4 de julho de 2012. Regulamenta o art. 19 da Lei no 10.696, de 2 de julho de 2003, que institui o Programa de Aquisição de Alimentos, e o Capítulo III da Lei no 12.512, de 14 de outubro de 2011, e dá outras providências. Brasília, 2012.

95 BRASIL. Ministério da Educação. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE). Resolução CD n° 38 de 19 de julho de 2009. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar aos alunos da educação básica no Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE). Diário Oficial da União, 2009b.

96 IPC-IG; UNDP, International Policy Centre for Inclusive Growth / United Nations Development Programme. Structured Demand and Smallholder Farmers in Brazil: the Case of PAA and PNAE. Brasília, 2013.

The PNAE, through Article 25 of Resolution CD/FNDE/MEC 26/2013,⁹⁷ seeks to encourage the collective organization of smallholder and family farmers in associations and cooperatives and seeks to provide the necessary incentives to improve the quality of their products.⁹⁸ To achieve the necessary growth in agriculture, which leads to increased food and nutritional security and poverty reduction in the rural areas, as mentioned in target 2.3, family farmers need the necessary conditions to be included in the development process, such as adequate infrastructure, equitable access to land and stable input and output markets.⁹⁹ A study by the WFP¹⁰⁰ indicates that the PNAE and the PAA can have a powerful economic impact on the lives of smallholder farmers.¹⁰¹

Target 2.4 focuses on the need to encourage production systems that promote the resilience of agricultural practices and ecosystem improvement. Similarly to target 2.3, the stimulus to organic and agroecological production is one of the coherence links for target 2.4. The agro ecological production has, for example, the principle of maintaining and improving the conditions of quality of the soil, which is an element mentioned in this target.¹⁰²

In contrast, the predominant industrial agricultural model in Brazil is associated with degradation of biodiversity, soils, water resources and cultures of traditional peoples. This model also generates food insecurity in

thousands of rural families in the country.¹⁰³ For this reason, it is important that public programmes such as the PNAE have as one of their priorities the purchase of food from socially just agri-food systems that help to maintain ecosystems, such as agroecology.

According to the PNAE regulations, organic and agro ecological production are some of the priorities to be considered in the acquisition of food from smallholder and family farmers. The main way the PNAE supports agroecology currently is through the economic mechanism of providing a market with a guaranteed premium price.¹⁰⁴

Still regarding target 2.4, the PNAE seeks to stimulate the acquisition of socio- biodiversity products, as stated in the first paragraph of Article 13 of Resolution CD/FNDE/MEC no 26/2013.¹⁰⁵ The generation of socio-biodiversity products involves, in addition to the biodiversity preservation component, the participation of indigenous communities, *quilombolas*, extractivists and other traditional communities in the process. This stimulus is relevant because official statistics point to the low visibility and small footprint of socio-biodiversity products in the formal economy today.¹⁰⁶

In the context of biodiversity protection, target 2.5 points to the need to promote access to a fair and an equitable sharing of benefits arising from the use of genetic resources and associated traditional knowledge. In the analysis of this target, it was identified an extract from the PAA regulation that deals with the acquisition of seeds of local, traditional or native cultivar by the beneficiaries supplying to the Programme.

97 BRASIL. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE). Resolução nº 26, de 17 de junho de 2013. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar aos alunos da educação básica no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE. Brasília, 2013.

98 IPC-IG; UNDP, International Policy Centre for Inclusive Growth / United Nations Development Programme. Structured Demand and Smallholder Farmers in Brazil: the Case of PAA and PNAE. Brasília, 2013.

99 IPC-IG; UNDP, International Policy Centre for Inclusive Growth / United Nations Development Programme. Structured Demand and Smallholder Farmers in Brazil: the Case of PAA and PNAE. Brasília, 2013.

100 WFP, World Food Programme Centre Of Excellence Against Hunger. Food and Social Policies Series. Scale of Public Food Procurement in Brazil. Brasília, [no date].

101 IPC-IG; UNDP, International Policy Centre for Inclusive Growth / United Nations Development Programme. Structured Demand and Smallholder Farmers in Brazil: the Case of PAA and PNAE. Brasília, 2013.

102 GUERRA, J. Pathways to Agroecology: mediated markets and credit access in Santa Catarina, Brazil [master thesis]. Vancouver: **The University of British Columbia**, 2016.

103 ALTIERI, M.A.; FUNES-MONZOTE, F.R.; PETERSEN, P. Agroecologically efficient agricultural systems for smallholder farmers: contributions to food sovereignty. **Agron. Sustain. Dev.** 32:1–13, 2012.

104 ALTIERI, M.A.; FUNES-MONZOTE, F.R.; PETERSEN, P. Agroecologically efficient agricultural systems for smallholder farmers: contributions to food sovereignty. **Agron. Sustain. Dev.** 32:1–13, 2012.

105 BRASIL. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE). Resolução nº 26, de 17 de junho de 2013. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar aos alunos da educação básica no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE. Brasília, 2013.

106 BRASIL. Grupo de Coordenação Ministério do Desenvolvimento Agrário, Ministério do Meio Ambiente e Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Plano Nacional de Promoção das Cadeias de Produtos da Sociobiodiversidade. Brasília, 2009c.

3. DIRECTIONS FOR FUTURE RESEARCH

Future studies evaluating the coherence between SDGs and public policies in the field of school feeding should be developed to expand the depth, the scope and the diversity of the coherence analysis initiated by this research.

Regarding the depth, it is suggested continuous work in the qualification of the coherence (step 4 of the methodology presented here) of the SDGs and their respective targets that were not analyzed in this research. It is also suggested that, if possible, this development should be prioritized according to the intensity of the coherence found in this research, namely: SDG 4, SDG 3, SDG 10, SDG 16, SDG 12, SDG 15 and SDG 17. In addition, the complementation of the studies with the PNAE's legal framework at the state and municipal level would bring a better degree of geographic specificity to the analysis.

Concerning the scope, it is suggested that future analysis use the Policy Coherence for Sustainable Development Framework¹⁰⁷ screening tool (checklist) in a more comprehensive way. For example, surveys that include the other five subsections of the analytical framework in the coherence assessment and that include the other four complementary policy-interlinkages levels of coherence. In addition, it would be of great value coherence analyses that incorporate also the institutional and/or the monitoring framework.

About diversity, at the national level, it is suggested the conduction of analysis focused on policies at the federal level that have high interaction (synergy or trade-off) with the PNAE. At the international level, future research should carry out analysis of coherence between SDGs and school feeding policies in other countries, especially those inspired by the Brazilian model.

Finally, it is suggested that future works focus on the development of instruments, scales and metrics for the quantitative evaluation of coherence between SDGs and public policies.

107 OECD, The Organisation For Economic Co-Operation And Development. Better Policies for Sustainable Development 2016: A New Framework for Policy Coherence. Paris: **OECD Publishing**, 2016.

4. RESEARCH LIMITATIONS

4.1. Construct Validity

The research did not find in the literature reliable and valid measurement instruments to guide the choice of variables, scales and for the statistical analysis of coherence intensity between SDGs and public policies. The instruments developed by the author did not go through validation criteria such as those presented by Bagozzi.¹⁰⁸ Therefore, there may be inconsistency between the measures employed and the constructs that they purport to represent.

4.2. External Validity

The pilot instruments developed by the author may lack External Validity because they were not submitted to the traditional process of validation criteria for the development of instruments and tools of measurement in scientific research. Therefore, the results derived could not be generalized across time, settings, and other policies.

5. CONCLUSIONS

This research carried out a coherence analysis between the objectives and targets of the 2030 Agenda for Sustainable Development and the federal legal framework of the National School Feeding Programme (PNAE). In the legal framework, 162 coherence points were identified in 37 targets (21.8% of the 169 targets) of 13 SDGs (76.4% of the 17 SDGs).

SDGs that presented the greatest coherence, according to the criteria adopted, and in descending order were: SDG 2 (zero hunger), SDG 4 (quality education), SDG 3 (good health and well-being), SDG 1 (no poverty), SDG 10 (reduced inequalities), SDG 16 (peace, justice and strong institutions), SDG 12 (responsible consumption and production), SDG 15 (life on land) and SDG 17 (partnerships for the goals). Among those SDGs that presented some level of coherence, the

108 BAGOZZI, R. P.; PHILLIPS, Y. Y. L. W. Assessing Construct Validity in Organizational Research. **Administrative Science Quarterly**. v. 36, n. 3, pp. 421-458. 1991.

SDG 5 (achieve gender equality and empower all women and girls) has the weakest intensity of coherence.

Given the international recognition of Brazil in the early achievement of Millennium Development Goal 1 of eradicating extreme poverty and hunger (2000-2015) and the importance of the continuity of these advances in the Sustainable Development Goals cycle (2015-2030), this research focused on the coherence analysis of the federal legal framework on SDGs that present thematic affinity to MDG 1: SDG 1 and SDG 2.

Based on the analysis, it was possible to verify that the coherence intensity of the PNAE's legal framework with SDG 1 derives to a great extent from the integration it has with the Food Acquisition Programme (PAA). Of the total 19 coherence links identified, only 68.4% are directly related to PNAE and 31.6% were present in the PNAE's legal framework, but that did not have the main purpose of regulating this Programme. Of the 19 coherence links, only 21.1% are from excerpts of general application and 78.9% were connected to the legal minimum of thirty percent (30%) stipulated for the purchase of food from smallholder farming.

The research has shown two possible ways to increase the coherence intensity between SDG 1 and the PNAE's legal framework. The first would be to incorporate, into this programme, aspects exclusively present in the design of the PAA, such as the prioritization of food acquisition for women and those in extreme poverty. The other one would be to increase the minimum value for purchase of smallholder farming beyond the current thirty percent (30%).

An analogous but less pronounced situation was identified by analyzing the coherence intensity of the PNAE's legal framework with SDG 2. In this case, the coherence intensity depended to a less extent on the relationship between the PNAE and the PAA. Of the total 34 coherence links identified, 88.2% are directly related to PNAE and only 11.8% are present in the PNAE's legal framework, but that did not have the main purpose of regulating this Programme. In other words, the intensity of coherence was mainly due to the specific rules of the PNAE. Of the 34 coherence links, 44.1% are from excerpts of general application and 55.9% are connected to the legal minimum of thirty percent (30%) stipulated for the purchase of food from smallholder farming.

The PNAE is considered one of the initiatives res-

ponsible for the international recognition of the Brazilian success in the fight against hunger and poverty, favoring access to food, income generation and productive inclusion. Therefore, it integrates the set of public policies that have their experience shared by the Brazilian government through South-South cooperation. However, there is still room for the programme to continue to be improved, for example, based on international cooperation and the transnational agenda.

On the national level, it is expected that this be an input to the Brazilian government, especially to the National Commission for the Sustainable Development Goals (BRASIL, 2016c), so that it can evaluate the formulation and implementation of the PNAE's legal framework and effectively monitor policies that support the achievement of the SDGs.

On the international level, the 2030 Agenda for Sustainable Development approach allows the use of a common framework for coherence analysis between school feeding programmes of the signatory countries. Therefore, it is expected that this work sensitizes and inspires governments around the world to the importance of evaluating the coherence of their own school feeding programmes using the SDGs as bases, in order to enhance their legal frameworks. Finally, it is expected that the analysis presented here provide input for transnational and international knowledge sharing of national zero hunger models and encourages South-South and Triangular cooperation on fighting hunger and eradicating poverty.

REFERENCES

- ALTIERI, M.A.; FUNES-MONZOTE, F.R.; PETERSEN, P. Agroecologically efficient agricultural systems for smallholder farmers: contributions to food sovereignty. *Agron. Sustain. Dev.* 32:1–13, 2012.
- BAGOZZI, R. P.; PHILLIPS, Y. Y. L. W. Assessing Construct Validity in Organizational Research. *Administrative Science Quarterly*. v. 36, n. 3, pp. 421-458. 1991.
- BATISTA FILHO, M.; RISSIN, A. Nutritional transition in Brazil: geographic and temporal trends. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 19(Sup. 1):S181-S191, 2003.

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: **Senado Federal: Centro Gráfico**, 1988. 292 p.
- BRASIL. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. Lei n. 11.947, de 16 de junho de 2009. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos da educação básica e dá outras providências. Brasília, 2009a.
- BRASIL. Ministério da Educação. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE). Resolução CD n° 38 de 19 de julho de 2009. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar aos alunos da educação básica no Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE). Diário Oficial da União, 2009b.
- BRASIL. Grupo de Coordenação Ministério do Desenvolvimento Agrário, Ministério do Meio Ambiente e Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Plano Nacional de Promoção das Cadeias de Produtos da Sociobiodiversidade. Brasília, 2009c.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Análise de Situação de Saúde. Saúde Brasil 2009: uma análise da situação de saúde e da agenda nacional e internacional de prioridades em saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2010. 368 p.
- BRASIL. Casa Civil. Decreto N° 7.775, de 4 de julho de 2012. Regulamenta o art. 19 da Lei no 10.696, de 2 de julho de 2003, que institui o Programa de Aquisição de Alimentos, e o Capítulo III da Lei no 12.512, de 14 de outubro de 2011, e dá outras providências. Brasília, 2012.
- BRASIL. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE). Resolução n° 26, de 17 de junho de 2013. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar aos alunos da educação básica no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE. Brasília, 2013.
- BRASIL. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. Aquisição de produtos da agricultura familiar para a alimentação escolar: 2ª edição - versão atualizada com a Resolução CD/FNDE n° 04/2015. Brasília: FNDE, 2016a.
- BRASIL. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. Nota Técnica n° 5003/2016/DIDAF/COSAN/CGPAE/DIRAE. Análise do estágio de implementação do artigo 14 da Lei n° 11.947/2009 – aquisição de gêneros alimentícios diretamente da agricultura familiar para o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE). Brasília, 2016b.
- BRASIL. Casa Civil. Nota Técnica n° Decreto n° 8.892, de 27 de outubro de 2016.
- Cria a Comissão Nacional para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Brasília, 2016c.
- BRASIL. Resolução n° 1, de 8 de fevereiro de 2017. Altera o valor per capita para oferta da alimentação escolar do Programa de Alimentação Escolar - PNAE. Brasília, 2017.
- BRASIL. Secretaria-Geral da Presidência da República Secretaria Nacional de Relações Político-Sociais and United Nations Development Programme (UNDP). Prêmio Objetivos de Desenvolvimento do Milênio Brasil. [no date] 80 p.
- OLIVEIRA, C.L.; FISBERG, M. Obesidade na Infância e Adolescência – Uma Verdadeira Epidemia. **Arq Bras Endocrinol Metab**, 47(2), 2003.
- COIMBRA JR. C.E.A. The First National Survey of Indigenous People's Health and Nutrition in Brazil: rationale, methodology, and overview of results. **BMC Public Health**, 13:52, 2013.
- COIMBRA JR. C.E.A.; SANTOS, R.V. Health, minorities and inequality: some webs of inter-relations, emphasizing indigenous peoples in Brazil. **Ciênc. saúde coletiva**, 5(1): 125-132, 2000.
- CUNHA, B. A projeção internacional da Estratégia Fome Zero. *In*: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Fome Zero: Uma história brasileira – v.3. Brasília: MDS, 2010.
- DRAKE, L.; WOOLNOUGH, A.; BURBANO, C.; BUNDY, D. Global School Feeding Sourcebook: Lessons from 14 Countries. **London: Imperial College Press**, 2016.
- FAO; IFAD; WFP, Food and Agriculture Organization of the United Nations / The International Fund for Agricultural Development / World Food Programme. The State of Food Insecurity in the World 2015. Meeting the 2015 international hunger targets: taking stock of uneven progress. Rome, FAO: 2015.
- FRAUNDORFER, M. Fome Zero para o Mundo: a difusão global brasileira do Programa Fome Zero. Austral: **Revista Brasileira de Estratégia e Relações In-**

- ternacionais, 2(4): 97-122, 2013.
- GIORDANI, R.C.F.; GIL, L.P.; AUZANI, S.C.S. Políticas públicas em contextos escolares indígenas: repensando a alimentação escolar. **Espaço Ameríndio**, 4:25-51, 2010.
- GRISA, C.; SCHNEIDER, S. “Plantar pro gasto”: a importância do autoconsumo entre famílias de agricultores do Rio Grande do Sul. **Rev. Econ. Sociol. Rural**. 46(2): 481- 515, 2008.
- GUERRA, J. Pathways to Agroecology: mediated markets and credit access in Santa Catarina, Brazil [master thesis]. Vancouver: **The University of British Columbia**, 2016.
- HAWKES, C.; BRAZIL, B.G.; CASTRO, I.R.R.; JAIMÉ, P. C. How to engage across sectors: lessons from agriculture and nutrition in the Brazilian School Feeding Program. **Rev. Saúde Pública**, 50(47), 2016.
- HEBINCK, P., VAN DER PLOEG, J.D., SCHNEIDER, S. (*orgs.*) Rural Development and the Construction of New Markets. **New York: Routledge**, 2015. 206 p.
- HUNTER, D.; ÖZKAN I.; BELTRAME, M.O.D.; SAMARASINGHE, W.L.G.; WASIKE, V.W.; CHARRONDIÈRE, U.R.; BORELLI, T.; SOKOLOW, J. Enabled or Disabled: Is the Environment Right for Using Biodiversity to Improve Nutrition? **Front. Nutr.** 3:14, 2016.
- IFPRI, International Food Policy Research Institute. Food System Transformations: Brazil, Rwanda, and Vietnam. IFPRI: 2016. 30p.
- IFPRI, International Food Policy Research Institute. Global Nutrition Report 2016. From Promise to Impact: Ending Malnutrition by 2030. Washington, DC: 2016.
- IPC-IG; UNDP, International Policy Centre for Inclusive Growth / United Nations Development Programme. Structured Demand and Smallholder Farmers in Brazil: the Case of PAA and PNAE. Brasília, 2013.
- KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do Estado. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- OECD; FAO, The Organisation For Economic Co-Operation And Development / Food and Agriculture Organization of the United Nations. Brazilian agriculture: Prospects and challenges. *In: OECD/FAO Agricultural Outlook 2015-2024*. Paris: **OECD Publishing**, 2015.
- OECD, The Organisation For Economic Co-Operation And Development. Better Policies for Development 2015: Policy Coherence and Green Growth. Paris: **OECD Publishing**, 2015.
- OECD, The Organisation For Economic Co-Operation And Development. Better Policies for Sustainable Development 2016: A New Framework for Policy Coherence. Paris: **OECD Publishing**, 2016.
- PAULILO, M.I.S. Trabalho familiar: uma categoria esquecida de análise. **Revista Estudos Feministas**, 12(1): 229-252, 2004.
- ROCHA, C. Developments in National Policies for Food and Nutrition Security in Brazil. **Development Policy Review**, 27(1): 51-66, 2009.
- ROMANELLI, C., *et al.* Connecting global priorities: biodiversity and human health: a state of knowledge review. World Health Organization/Secretariat of the UN Convention on Biological Diversity, 2015.
- SACHS, J.D. From millennium development goals to sustainable development goals. **Lancet**. 9;379(9832):2206-11, 2012.
- SANGALLI, A.R. *et al.* Produção e geração de renda na agricultura familiar: um diagnóstico do assentamento rural Lagoa Grande em Dourados, Mato Grosso do Sul. **Ciência e Natura**, 36(2): 180 –192, 2014.
- SANTARELLI, M. Cooperação Sul-Sul brasileira: a experiência do Programa Nacional de Alimentação Escolar em Moçambique. ActionAid Brasil, 2015. 31 p.
- SARAIVA, E.B. *et al.* Panorama of purchasing food products from family farmers for the Brazilian School Nutrition Program. **Ciência & Saúde Coletiva**, 18(4): 927-936, 2013.
- THOMPSON, B; AMOROSO, L. Improving Diets and Nutrition: Food-based Approaches. Roma: FAO, 2010. 403p.
- TOMASETTO, M. Z. C.; LIMA, J. F.; SHIKIDA, P. F. A. Desenvolvimento local e agricultura familiar: o caso da produção de açúcar mascavo em Capanema, Paraná. **Interações**, 10(1): 21-30, 2009.
- UNITED NATIONS, General Assembly. Transforming our world: the 2030 agenda for sustainable development: the Brazilian School Feeding Programme Case Study. Revista de Direito

ming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, 21 October 2015.

UNITED NATIONS. The Sustainable Development Goals Report 2016. New York, 2016.

UNITED NATIONS. Sustainable Development Knowledge Platform. SDG 1. Available at: <<https://sustainabledevelopment.un.org/sdg1#>> Last access: 1 april 2017.

UNSCN, United Nations Standing Committee On Nutrition. Country Policy Analysis: Nutrition Impact of Agriculture and Food Systems, Brazil. Geneva, 2013.

WFP, World Food Programme Centre Of Excellence

Against Hunger. Food and Social Policies Series. Scale of Public Food Procurement in Brazil. Brasília, [no date].

WFP, World Food Programme Centre Of Excellence Against Hunger. Relatório Anual 2012. Brasília, 2012.

WFP, World Food Programme Centre Of Excellence Against Hunger. Relatório Anual 2015. Brasília, 2015.

WFP, World Food Programme Centre Of Excellence Against Hunger. WFP CoE Strategic Plan. [no date].

WFP, World Food Programme Executive Board. WFP Strategic Plan (2017–2021), Rome, 14–18 November 2016.

Normas Editoriais

1. Serão aceitas colaborações inéditas e a publicação de um artigo está condicionada à sua adequação às normas editoriais, e seu simples recebimento desobriga a sua publicação. Revista de Direito Internacional classificará as colaborações de acordo com as seguintes seções:

1.1 Artigos: compreende textos que contenham relatos completos de estudos ou pesquisas concluídas, matérias de caráter opinativo, revisões da literatura e colaborações assemelhadas.

1.2 Resenhas: compreende análises críticas de livros, de periódicos recentemente publicados, dissertações e teses.

2. Excepcionalmente, a comissão editorial poderá aceitar a submissão de trabalhos que já tenham sido publicados e caso isso ocorra, serão submetidos ao mesmo processo de avaliação pelos pares que aqueles inéditos. O autor deverá apresentar autorização por escrito do editor da revista na qual seu trabalho tenha sido originalmente publicado, acompanhado de cópia do mesmo.

3. O processo de avaliação dos artigos e resenhas compreende duas fases: a primeira destinada à análise da adequação do trabalho à linha editorial da revista (Comissão Editorial) e a segunda referente à avaliação do conteúdo e qualidade dos trabalhos. Esta segunda fase é realizada mediante o processo de avaliação pelos pares, ou seja, os artigos serão submetidos à aprovação de no mínimo 2 pareceristas adhoc.

4. Os trabalhos serão enviados para a avaliação sem a identificação de autoria

5. Os trabalhos devem ser enviados no seguinte padrão:

1ª Página: Começar com o título do trabalho, seguido do texto. Não inserir o nome dos autores ou outros elementos que identifiquem a autoria. A autoria do artigo e a qualificação dos autores são inseridas nos campos específicos do formulário eletrônico. O objetivo aqui é garantir uma avaliação cega por pares. Os textos deverão ser digitados em Arial 12, espaço 1,5 margem de 2,5 cm, numeração arábica das páginas no ângulo superior direito, em programa compatível com o Word para Windows.

Título do trabalho: o título deve ser breve e suficientemente específico e descritivo para representar o conteúdo do texto e deverá ter a sua tradução para o inglês.

Resumo: em todos os artigos submetidos deve ser incluído um resumo informativo com o máximo de 250 palavras e espaço entre linhas simples. O resumo deve ser estruturado com as seguintes informações:

Objetivo do artigo (obrigatório);

Metodologia (obrigatório);

Conclusões (obrigatório);

Limitações da pesquisa e suas implicações (se aplicável);

Limitações práticas (se aplicável)

Originalidade ou valor (obrigatório);

Destacar no mínimo três e no máximo seis palavras-chave que representem o conteúdo do texto. O resumo e as palavras-chave deverão ter a sua tradução para o inglês.

Agradecimentos: agradecimentos a auxílios recebidos para a elaboração do trabalho deverão ser mencionados no final do artigo.

Notas: notas referentes ao corpo do artigo deverão vir no rodapé do texto.

Apêndices: apêndices podem ser empregados no caso de listagens extensivas, estatísticas e outros elementos de suporte.

Materiais gráficos: fotografias nítidas e gráficos (estritamente indispensáveis à clareza do texto) poderão ser aceitos e cada fotografia ou gráfico deverá vir no texto e além disso cada um deverá ser enviado em arquivo separado. Se as ilustrações enviadas já tiverem sido publicadas, mencionar a fonte e a permissão para reprodução.

Quadros: os quadros deverão ser acompanhados de cabeçalho que permita compreender o significado dos dados reunidos, sem necessidade de referência ao texto. Assinalar, no texto, pelo seu número de ordem, os locais onde os quadros devem ser intercalados.

Referências: as referências redigidas segundo a norma NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), deverão ser apresentadas por ordem alfabética e constituir uma lista única no final do artigo. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados e mencionados no texto do artigo são da responsabilidade do autor. Informações procedentes de comunicação pessoal, de trabalhos em andamento ou não publicados não devem ser incluídas na lista de referências, mas indicada em nota de rodapé.

Não utilizar o sistema Autor data para citações. O formato utilizado pela revista é o sistema numérico, onde a citação é indicada por número sobrescrito e a referência mencionada em nota de rodapé.

Recomendações: recomenda-se que se observem as normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas (NBR 6022/2002), apresen-

tação de citações em documentos (NBR 10520/2002), apresentação de originais (NBR 12256), norma para datar (NBR 892), numeração progressiva das seções de um documento (NBR 6024/2003) e resumos (NBR 6028/2003).

A revista se reserva o direito de efetuar nos originais alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua, respeitando, porém, o estilo dos autores.

A partir de 2009, consideramos útil formular algumas sugestões (não obrigatórias) aos autores, com base nos principais motivos por recusa de artigos nos anos anteriores.

7. Com a publicação do artigo o autor receberá cinco exemplares da revista. No caso de resenha o autor receberá dois exemplares.

8. Responsabilidades e conflitos de interesse: A responsabilidade pelas informações e opiniões indicadas nos artigos é exclusiva dos autores. Eventuais conflitos de interesse serão de responsabilidade dos próprios autores e não do periódico.

Envio dos trabalhos:

1. Os trabalhos deverão ser enviados para a equipe editorial da revista no endereço eletrônico www.rdi.uni-ceub.br

2. Cada autor deve enviar declaração de responsabilidade nos termos abaixo:

“ Eu XXXX certifico que participei da concepção do trabalho tornar pública minha responsabilidade pelo seu conteúdo, que não omiti quaisquer ligações ou acordos de financiamento entre os autores e companhias que possam ter interesse na publicação deste artigo.”

3. Para as colaborações inéditas, cada autor deve enviar a transferência de direitos autorais nos termos abaixo:

“Eu XXXX declaro que em caso de aceitação do artigo inédito, a Revista de Direito Internacional passa a ter os direitos autorais a ele referentes.

